

VON DER SALDOTHEORIE ZUM FAKTISCHEN SYNALLAGMA
- Ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereicherung -

von
Hans G. Leser
1956

VON DER SALDOTHEORIE ZUM FAKTISCHEN SYNALLAGMA

- Ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereicherung -

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i.Br. vorgelegt

von

Hans G. Leser

Aasessor

aus Konstanz a.B.

Freiburg i.Br. 1956

Dekan und Zweitreferent: Prof.Dr.H. Thieme

Erstreferent: Prof. Dr. E.v.Caemmerer

Tag der mündlichen Prüfung: 23./26.Oktober 1956



Inhalt

I. Einleitung

1

1. Teil

Die dogmatischen Grundlagen

=====

II. Art und Umfang der einseitigen Bereicherungsansprüche

- | | |
|--------------------------------------|---|
| 1. Typen der Bereicherungsansprüche | 4 |
| 2. Umfang des Bereicherungsanspruchs | 5 |
| 3. Entwicklung im Römischen Recht | 6 |
| 4. Stellung des BGB | 7 |

III. Die Saldotheorie

- | | |
|--|----|
| 1. Ausdehnung des Differenzbegriffes auf die Gegenleistung | 9 |
| 2. Wirkungen der Saldotheorie | 11 |
| 3. Theoretische Begründung der Saldotheorie | 16 |
| 4. Einheitliche Behandlung aller Bereicherungsansprüche durch die Saldotheorie | 18 |

IV. Einwendungen gegen die Saldotheorie

- | | |
|---|----|
| 1. Die Zweikondiktionentheorie | 19 |
| 2. Angriffe gegen die Risikoverteilung | 21 |
| 3. Angriffe gegen den Kausalzusammenhang | 26 |
| 4. Angriffe gegen die theoretische Begründung | 29 |
| 5. Stellungnahme zur Saldotheorie | 31 |

V. Neuere Entwicklung

1. Bisherige Vorschläge	35
2. Flumes Theorie	36
3. Die Nachwirkung des Leistungsaustausches	41
4. Gemeinsame Grundlage der neueren Ansichten	42
5. Das faktische Vertragsverhältnis	45

VI. Die Bindung durch faktisches Synallagma

1. Abgrenzung und Inhalt	49
2. Bindung zweier selbständiger Bereicherungsansprüche	52
3. Verhältnis von § 818 III BGB zum faktischen Synallagma	53
4. Anwendung der Rechtsgedanken der §§ 320 ff BGB	55
5. Austausch von Leistungen ohne Synallagma	58
6. Gegenseitige Verträge, die nur von einer Seite erfüllt sind	58
7. Leistungskondiktion, Bereicherung aus frem- dem Gut und rei vindicatio im Synallagma	61
8. Zahlungen an Dritte für den Erwerb fremder Sachen	67
9. Verweisungsfälle (§§ 323 III, 327 2 BGB)	69
10. Gruppen innerhalb des faktischen Synallag- mas (arglistige Täuschung und Geschäfts- unfähige)	77
11. Einzelfragen	82
12. Praktischer Beispielsfall	84

2. Teil

Die RechtsprechungVII. Grundsätze für die Darstellung und Anordnung
der Rechtsprechung

1. Die praktische Handhabung der Theorien	92
2. Die Wiedergabe der Entscheidungen	93
3. Anordnung der Fallgruppen	93

VIII. <u>Die Rechtsprechung zur Saldotheorie</u>	94
geordnet nach Nichtigkeitsgründen des Vertrags	
1. Formmangel	95
2. Nichteintritt einer Bedingung, Wegfall oder Widerruf	99
3. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	102
4. Verstoß gegen die guten Sitten	112
5. Mängel in der Vertretungsmacht	119
6. Dissens	124
7. Anfechtung wegen Irrtums	129
8. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	131
9. Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit	145
10. Nichtigkeitsgrund nicht erkennbar	156
IX. <u>Die Rechtsprechung zu den angrenzenden Fällen</u>	
1. Nichtige schuldrechtliche Verträge, auf die nur von einer Seite eine Leistung erbracht ist	157
2. Fälle zu § 323 III BGB	162
3. Zahlung des Kaufpreises an Dritte	167
X. <u>Zusammenfassung</u>	
1. Von der Zweikondiktionentheorie zur Saldotheorie	172
2. Mängel der Saldotheorie	173
3. Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma	174
<u>Literaturverzeichnis</u>	
A. Zum Römischen und Gemeinen Recht	177
B. Zum geltenden Recht	177
Entscheidungen	184

I. Einleitung

Die Auseinandersetzung über die Anrechnung der Gegenleistung bei Abwicklung des schuldrechtlich nichtigen Vertrags dauert nunmehr bereits über 50 Jahre ¹⁾. Den Ausgangspunkt bildete dabei etwa folgende Interessenlage: Der Waldbesitzer W liefert dem Sägewerksbesitzer S Stammholz und erhält dafür im selben Wert Schnittholz. Die dinglichen Geschäfte sind in Ordnung, der Tauschvertrag aber ist nichtig. Nun verbrennt bei S das von W gelieferte Stammholz. Kann S trotzdem das von ihm gelieferte Schnittholz herausverlangen ohne selbst etwas dagegen zu geben?

Die heute herrschende Lehre ²⁾ löst das Problem mit der Saldotheorie und verneint das Bestehen eines Bereicherungsanspruchs des S. Die Angriffe gegen die Saldotheorie von seiten der Zweikonditionentheorie ³⁾ und auch von anderer Seite ⁴⁾ haben aber nicht aufgehört. Im Gegenteil rückt die Erörterung dieser Frage immer mehr in den Mittelpunkt des Interesses. Davon zeugen eine stattliche Reihe von mono-

-
- 1) RG V v. 14.3.03, RGZ 54, 137 u.S. 137; RG V v. 15.10.04, RGZ 59, 92 u. S. 131; v.Tuhr in Festgabe für Bekker 1907, S. 291 ff bes. S. 306 ff.
 - 2) Vgl. die Aufzählungen in RGR-Komm. Vorbem. 5 d vor § 812 (S.643), praktisch die meisten, soweit nicht bei Note 3 oder 4 erwähnt. Ferner Baer a.a.O. Zur Rechtsprechung vgl. den Zweiten Teil der Arbeit.
 - 3) Vertreten von: Oertmann DJZ 1915, 1063 u. JW 1919, 329 u. Komm.Bem.3, a zu § 818; v.Tuhr Allg. Teil des B.Rechts II, 1 S.358 bei Note 159, DJZ 1916, 584 bes. 589, Festgabe für Bekker 1907, S.291 ff; Schneider Jhr Jb 61, 179; Preisler, Über die Anrechnung der Gegenleistung auf den Bereicherungsanspruch; Kiehl Gruchots Beitr.60, 804 (808), Steller, Der Bereicherungsanspruch aus wechselseitiger ungerechtfertigter Vermögensverschiebung, insbes. der Bereicherungsanspruch nach Erfüllung nichtiger gegenseitiger Verträge.
 - 4) Wilburg S.156 u. in Klang-Wilburg Komm. zu A BGB 6.Band §§ 1431-1437, S. 485; Flume S. 103 ff bes. S.148 ff; v. Caemmerer Rabelf. S.385 soweit es die Begründung angeht. Für die Angriffe vom Römischen Recht her vgl. Note 5.

graphischen Arbeiten der letzten Jahre ⁵⁾. Mit von Lübtow ⁶⁾ läßt sich das der Erkenntnis zuschreiben, daß das Bereicherungsrecht ein Zentralproblem des Bürgerlichen Rechts darstellt.

Die folgende Untersuchung steht auf dem Boden der von Wilburg ⁷⁾ begonnenen Differenzierung der Bereicherungsansprüche nach ihrer Funktion. Die Entwicklung läßt sich dabei mit der des Schadensersatzrechts vergleichen. Um mit Esser ⁸⁾ zu sprechen "müssen aus dem unter dem Vorwand rationaler Zusammenfassung neuartig konzipierten ethischen allgemeinen Prinzip der Bereicherung in mühsamer kasuistischer und doktrinärer Juristenarbeit wieder die prozessual und gesetzestech-nisch harmonisierenden Tatbestände abgegrenzt werden". Ausgehend von den Typen der Bereicherungsansprüche, die für die Abwicklung schuldrechtlich fehlgeschlagener Verträge vor allem in Betracht kommen, wurde versucht, aus der Funktion dieser Typen auch den Grund für die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Abwicklung zu finden; dabei ergaben sich Ähnlichkeiten zu einer vergleichbaren, vom Gesetzgeber positiv ausgestalteten Regelung.

Bereits im theoretischen Teil erstreckte sich die Fragestellung auch auf die Auswirkungen der einzelnen Theorien. Im zweiten Teil, der die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Saldotheorie behandelt, trat die Prüfung der "praktischen Handhabung" und der Ergebnisse im Einzelfall noch mehr in den Vordergrund. Die Bildung und Zusammenfassung einzelner typischer Fallgruppen sollte keine Zurücksetzung der Dogmatik zugunsten der interessengerechten Entscheidung des Einzelfalles bedeuten. Sie sollte im Gegenteil die interessengerechte Fortentwicklung des Systems in steter Verfeinerung fördern. Einen Auftrag hierzu für das Bereicherungsrecht ga-

5) Flume, v.Caemmerer in Rabelf. S.333 ff; in Boehmerf. S. 145 ff; in Lewaldf.S.433 ff; Lehmann in Nipperdeyf. S. 31 ff. - Zum römischen Recht Arbeiten von v.Lübtow, Schwarz, Niederländer, Simonius, auch Flume.

6) a.a.O. S.7; vgl. auch v. Caemmerer Boehmerf. S.145.

7) a.a.O. S.12 ff; weiter ausgebaut von v.Caemmerer, Rabelf. S.337 ff.

8) JZ 1953, 521 ff bes.S.525; dazu auch Rümelin S.74.

graphischen Arbeiten der letzten Jahre ⁵⁾. Mit von Lübtow ⁶⁾ läßt sich das der Erkenntnis zuschreiben, daß das Bereicherungsrecht ein Zentralproblem des Bürgerlichen Rechts darstellt.

Die folgende Untersuchung steht auf dem Boden der von Wilburg ⁷⁾ begonnenen Differenzierung der Bereicherungsansprüche nach ihrer Funktion. Die Entwicklung läßt sich dabei mit der des Schadensersatzrechts vergleichen. Um mit Esser ⁸⁾ zu sprechen "müssen aus dem unter dem Vorwand rationaler Zusammenfassung neuartig konzipierten ethischen allgemeinen Prinzip der Bereicherung in mühsamer kasuistischer und doktrinärer Juristenarbeit wieder die prozessual und gesetzestech-nisch harmonisierenden Tatbestände abgegrenzt werden". Ausgehend von den Typen der Bereicherungsansprüche, die für die Abwicklung schuldrechtlich fehlgeschlagener Verträge vor allem in Betracht kommen, wurde versucht, aus der Funktion dieser Typen auch den Grund für die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Abwicklung zu finden; dabei ergaben sich Ähnlichkeiten zu einer vergleichbaren, vom Gesetzgeber positiv ausgestalteten Regelung.

Bereits im theoretischen Teil erstreckte sich die Fragestellung auch auf die Auswirkungen der einzelnen Theorien. Im zweiten Teil, der die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Saldotheorie behandelt, trat die Prüfung der "praktischen Handhabung" und der Ergebnisse im Einzelfall noch mehr in den Vordergrund. Die Bildung und Zusammenfassung einzelner typischer Fallgruppen sollte keine Zurücksetzung der Dogmatik zugunsten der interessengerechten Entscheidung des Einzelfalles bedeuten. Sie sollte im Gegenteil die interessengerechte Fortentwicklung des Systems in steter Verfeinerung fördern. Einen Auftrag hierzu für das Bereicherungsrecht ga-

5) Flume, v.Caemmerer in Rabelf. S.333 ff; in Boehmerf. S. 145 ff; in Lewaldf.S.433 ff; Lehmann in Nipperdeyf. S. 31 ff. - Zum römischen Recht Arbeiten von v.Lübtow, Schwarz, Niederländer, Simonius, auch Flume.

6) a.a.O. S.7; vgl. auch v. Caemmerer Boehmerf. S.145.

7) a.a.O. S.12 ff; weiter ausgebaut von v.Caemmerer, Rabelf. S.337 ff.

8) JZ 1953, 521 ff bes.S.525; dazu auch Rümelin S.74.

ben bereits die Motive ⁹⁾; wenn zwischen dem bereichernden Empfang und den vermögensmindernden Ausgaben ein Kausalzusammenhang nicht gegeben sei, dann bleibe die Entscheidung über die Berücksichtigung Wissenschaft und Praxis überlassen.

9) Bd.II, S.837/838.

1. Teil

Die dogmatischen Grundlagen

=====

II. Art und Umfang der einseitigen Bereicherungsansprüche.

1. Das Gesetz geht vom einseitigen Bereicherungsanspruch als dem Normalfall aus. Ausgangspunkt der Betrachtung sind daher zunächst die Eigenarten der einseitigen Bereicherungsansprüche, soweit sie für das Problem der Anrechnung der Gegenleistung in Betracht kommen. Die Bereicherungsansprüche sind durch ihre Funktion zu bestimmen und von einander abzugrenzen. Nur eine Berücksichtigung der durch die Funktion bedingten Eigenarten verspricht ein Näherkommen an die Probleme des Bereicherungsrechts. Regeln lassen sich nur für einzelne, derart näher bestimmte Typen finden, nicht für alle verschiedenen Bereicherungsansprüche gemeinsam ¹⁰⁾.

Da es sich um die Abwicklung fehlgeschlagener Verträge handelt, kommen die Leistungskonditionen in erster Linie in Betracht. Ihre Funktion ist die Rückabwicklung fehlgeschlagener Leistungen. Dies setzt voraus, daß der Leistende mit seiner Leistung eine Pflicht im weiteren Sinne erfüllen wollte. Er mußte also subjektiv causa solvendi, donandi, credendi usw. leisten. Die objektive Causa der Leistung, der Kausalvertrag, aufgrund dessen man etwas fordern oder behalten darf, fehlte dabei oder war unwirksam. Diese Leistungskondition unterscheidet sich von den anderen Bereicherungsansprüchen. Eine Reihe von Vorschriften des Bereicherungsrechts sind ausschließlich auf sie anwendbar ¹¹⁾. Welche Folgerungen aus ihrer Funktion der Rückabwicklung und überhaupt der engen Verbindung mit dem fehlgeschlage-

10) v. Caemmerer Rabelf. S.337 ff; ähnlich für die Leistungskondition Kötter a.a.O.S.193 f.

11) §§ 812 I 2; 812 II; 813-815; 817; 819 II; 820 u. 821 BGB, v. Caemmerer Rabelf. S. 342 Note 33.

nen schuldrechtlichen Vertrag zu ziehen sind, wird noch zu erörtern sein.

Neben der Leistungskondiktion ist noch von Bedeutung die sogen. Bereicherung aus fremdem Gut. Vor allem bei Geschäften mit Geschäftsunfähigen, bei denen auch die dinglichen Akte unwirksam sind, spielt sie eine Rolle. Die Funktion dieser Kondiktion wegen Verwendung fremder Sachen durch Gebrauchen, Verbrauchen oder Verwerten läßt sich dahingehend umschreiben, daß sie den Schutz der absoluten Rechte im Bereich des Schuldrechts ergänzt ¹²⁾. Wenn der Berechtigte aufgrund vom Gesetz höher bewerteter Interessen in seinen Rechten geschmälert wird, oder sich der Dritte etwas anmaßt, so muß dafür ein Ausgleich geschaffen werden. Voraussetzung für den Anspruch ist eine Bereicherung aus fremdem, absolut geschütztem Rechtsgut im Widerspruch zu dessen Zuweisungsgehalt sowie der Mangel eines schuldrechtlichen Anspruches auf einen derartigen Vermögensvorteil. Rechtswidrigkeit, wie sie bei der Lehre vom Eingriffserwerb ¹³⁾ gefordert wurde, braucht nicht vorzuliegen. Von besonderer Bedeutung werden im folgenden die Fälle der §§ 816, 951 BGB sein.

Von den übrigen Typen, deren wichtigste die Rückgriffskondiktion ist, kann hier abgesehen werden. Auch der schwierige Anspruch aus Impensen wird hauptsächlich nur als Minderungsposten vorhandener Bereicherung praktisch.

2. Die Frage nach dem Umfang der Bereicherungsansprüche ist an sich getrennt zu stellen für Leistungskondiktion und Bereicherung aus fremdem Gut. Soweit es sich jedoch um den Wegfall der Bereicherung, also die Anwendung des § 818 III BGB handelt, kann vorläufig eine gemeinsame Erörterung der Entwicklung erfolgen. Denn die frühere Praxis hat der Unterscheidung, soweit sie überhaupt gemacht wurde, kein Gewicht beigemessen.

12) Bereicherung aus fremdem Gut wie sie v. Caemmerer, Rabelf. S. 352, oder Rechtsfortwirkungsanspruch wie sie Wilburg S. 73 u. 122 ff daher nennt; vgl. auch Freund, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs.

13) Schulz, AcP 105, 473 ff; Siber Schuldrecht 417.

Stellt man die Frage nach dem Umfang des Bereicherungsanspruchs, der einen fehlgeschlagenen Vertrag rückabwickeln soll, ganz allgemein, so lassen sich zwei extreme Lösungen denken. Bei einer nicht geschuldeten Leistung könnte sich der Bereicherungsanspruch auf die Leistungssache beziehen, und zwar in dem Zustand, in dem sie übergeben wurde, ohne jede Rücksicht auf Minderungen oder Vermehrungen, auf Verwendungen oder gar beim Leistungsempfänger dadurch eingetretene weitere Schäden. Der Anspruch würde sich in dieser Form als Rückleistungsanspruch darstellen; ob man ihn noch als Bereicherungsanspruch bezeichnen wollte, hinge von der terminologischen Einstellung ¹⁴⁾ ab. Das entgegengesetzte Extrem bildete ein Anspruch, der allein die Auskehrung der Bereicherung beim Bereicherten zum Inhalt hätte. Von der empfangenen Leistung wäre nur das herauszugeben, was sich noch im Vermögen des Bereicherten befindet. Sämtliche Vermögenseinbussen im Zusammenhang mit dem Bereicherungsvorgang wären abzugsfähig. Der Anspruch wäre daher in doppelter Bedeutung Bereicherungsanspruch, sowohl nach seinem Rechtsgrund wie nach seinem Umfang.

Zwischen beiden Extremen sind zahlreiche Varianten denkbar. Der Gesetzgeber hat sich auf eine reine Form nicht festgelegt. Es bleibt daher Raum für eine differenzierende Betrachtungsweise. Diese kann Bedacht nehmen auf die Eigenarten und Funktionen der einzelnen Typen der Bereicherungsansprüche; von hier aus sind auch die zu berücksichtigenden Wegfallgründe der Bereicherung abzugrenzen und zu bestimmen.

3. Die Forschungen zum römischen Recht, vor allem zur Auffassung der Klassik vom Bereicherungsanspruch und seinem Umfang erfuhren gerade in den letzten Jahren intensive Förderung. Sie haben gezeigt, daß der Schwerpunkt im klassischen römischen Recht auf der gegenständlich bestimmten Haftung, also einem Rückleistungsanspruch, lag ¹⁵⁾; der Wegfall der Bereicherung wurde demgegenüber nur in zwei eng umgrenzten

14) "Bereicherung" bezöge sich allein auf den Rechtsgrund des Anspruchs, nicht auf die Bemessung. Vgl. zur Terminologie Maier S.2.

15) Siber S.445; Niederländer S.169; Flume S.129; Schwarz S.307 bei Note 21 u. 23.

Ausnahmefällen anerkannt ¹⁶⁾. Auf die Streitfragen zum klassischen römischen Recht kann dabei hier nicht eingegangen werden.

Die Entwicklung bereits bis zu Justinian zeigt aber ein Vordringen des Gedankens des Wegfalls der Bereicherung. Wenn auch bei Justinian noch nicht von einem allgemeinen Prinzip gesprochen werden kann ¹⁷⁾, so bezeichnet doch v. Lübtow ¹⁸⁾ das Dogma vom Wegfall der Bereicherung als "unheilvolles byzantinisches Erbe". Die weitere Entwicklung des römischen Rechts bis zum gemeinen Recht brachte jedenfalls eine fortschreitende Berücksichtigung aller Wegfallgründe. Das Dogma von der Beschränkung des Anspruchs auf die Bereicherung wurde Allgemeingut. Als Grundlage wurde die Billigkeit angesehen, die es einerseits verbot, daß der Bereicherte mehr hatte als ihm zukam; die es aber andererseits verbot, daß er durch die Herausgabe der Bereicherung in seinem Vermögen geschmälert würde ¹⁹⁾. Der Bereicherungsanspruch wurde variabel, von allen Veränderungen abhängig.

4. Dies war etwa der Stand von Wissenschaft und Praxis, als die Autoren des BGB über die Fassung des § 818 BGB und damit das Problem des Wegfalls der Bereicherung zu entscheiden hatten. Dem Grundsatz nach ließen sie den umfassenden Wegfall der Bereicherung zu, wie es der damaligen Auffassung entsprach. Bei der Formulierung des § 818 III BGB waren sie aber vorsichtig und legten sich nicht fest. Die nähere Bestimmung der Wegfallgründe und damit auch des zu berücksichtigenden Umfangs der Bereicherung überhaupt wurde weitgehend Wissenschaft und Praxis überlassen ²⁰⁾. Das läßt darauf schließen, daß man sich davor scheute, die in den zurückgewiesenen Änderungsanträgen geltend gemachten Gesichtspunkte für eine

16) Ehegatten-Schenkung und Mündelgeschäfte, vgl. Niederländer S. 170/171.

17) Niederländer S. 172, Flume S. 129.

18) a.a.O. S. 20.

19) Windscheid § 424 S. 827; Siber S. 445; v. Mayr S. 11 ff bes. S. 17; RGZ 44, 136.

20) § 818 III BGB entspricht dem § 739 des E II; hierzu Protokolle II, 2 S. 702 ff bes. S. 706 = Mugdan II S. 1182; Motive zum BGB II S. 837/838. Hierzu v. Tuhr in Festgabe für Bekker 1907 S. 303.

strengere Haftung endgültig auszuschließen.

Weder für die Rechtsprechung noch auch für die Wissenschaft bestand aber ein Anlaß, unter dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch von der bisherigen Auffassung, wie sie im gemeinen Recht schon galt, abzuweichen. Denn die Formulierung des BGB fußte ja auf diesen theoretischen Grundlagen ²¹⁾, die Kontinuität schien gewahrt. Zwar empfand man teilweise die Anerkennung des umfassenden Wegfalls der Bereicherung als störend ²²⁾, legte das Gesetz aber doch in diesem weiteren Sinne aus ²³⁾. Dies muß auch noch heute als herrschende Meinung ²⁴⁾ angesehen werden.

Damit ist der Bereicherungsanspruch seinem Umfang nach ganz auf das noch Vorhandene abgestellt. Er ist seiner Höhe nach nicht mehr eindeutig von vornherein bestimmt, er ist variabel und richtet sich nach einer gleitenden Skala. Neben den Vermehrungsgründen und der Surrogation sind als Minderungsgründe voll anerkannt ²⁵⁾: Wegfall der Leistung selbst, Verwendungen auf die Leistungssache, gleichgültig ob sie nützlich waren oder nicht, durch den Erwerb verursachte Mehrausgaben, Unkosten beim Erwerb, Schäden durch die Beschaffenheit des Erlangten, schließlich Kosten der Herausgabe oder Schäden, die mit der Herausgabe verbunden sind; (die Frage der Gegenleistung bleibt dem nächsten Kapitel vorbehalten). Dabei ist diese Aufzählung nicht abschließend, sondern hat

21) Die Fassung stellt also den Endpunkt der damaligen Entwicklung dar. Eine neue Auffassung muß sehen, wie sie mit der für damalige Verhältnisse berechneten Formulierung weiterkommt. Vgl. auch Wieacker Privatrechtsgeschichte der Neuzeit S. 288; Boehmer Einführung in die Rechtswissenschaft S. 78. Vgl. auch RGZ 32, 319 unten S. 145.

22) Siber S. 445; Planck II 2 Anm. 5 zu § 818.

23) Crome § 323 II S. 1008 ff; Dernburg § 381 III S. 692; Stieve S. 28 ff.

24) Vgl. etwa RGR-Komm. Note 7 zu § 818; Staudinger Noten 28-41 zu § 818 zugleich mit Anführung der Rechtsprechung; Enneccerus-Lehmann § 227 III, S. 883; Ermann-Seiler Note 6 zu § 818. - Für die Gegner der weiten Auffassung des § 818 III vgl. unten Note 85.

25) So bereits v. Tuhr in Festgabe für Bekker 1907 S. 306 ff; Stück S. 34 ff; heute etwa Staudinger Note 35 ff zu § 818 BGB.

nur beispielhaften Charakter. Um alle diese Ereignisse in ihrer Wirkung auf die Bereicherung beurteilen zu können, wird eine Gesamtdifferenzhypothese ²⁶⁾ vorgenommen. Die Vermögenslage vor dem Empfang der Bereicherung wird mit derjenigen zur Zeit der Herausgabe (oder der strengeren Haftung gem. §§ 818 IV, 819, 292 BGB) verglichen. Als Abgrenzung der zu berücksichtigenden Ereignisse dient der adaequate Kausalzusammenhang ²⁷⁾; er entscheidet darüber, ob ein Schaden oder ein sonstiges Ereignis die Bereicherung mindert oder nicht.

Immer steht die Bemessung des Umfangs der Bereicherung unter dem Satz ²⁸⁾: "Der Bereicherte soll die Bereicherung herausgeben, ärmer als er ohne das bereichernde Ereignis wäre, soll er aber dadurch nicht werden".

III. Die Saldotheorie.

1. Die Ausdehnung des damit geschaffenen Differenzbegriffs der Bereicherung auf alle Umstände, die das Vermögen berühren, die viel betonte "Gesamtberücksichtigung aller Umstände" ²⁹⁾, drängte ihrem Wesen entsprechend danach, auch die vom Bereicherungsschuldner erbrachte Gegenleistung zu berücksichtigen. Denn der Austausch von Leistungen ist gegenüber den sonstigen Minderungsgründen der Bereicherung der häufigere Fall, die Berücksichtigung auch der Gegenleistung wurde dadurch zum Hauptproblem.

Da die vom Bereicherten erbrachte Gegenleistung mit dem Empfang der Leistung zusammenhängt, wird sie mit scheinbarer

26) Staudinger Note 28 zu § 818; Ermann-Seiler, Note 6 zu § 818.

27) Staudinger Note 28 zu § 818 BGB; Stieve S. 28/29; v. Tuhr in Festgabe für Bekker 1907 S. 306.

28) So Fischer in Festschrift für Zitelmann S. 45; vgl. auch Scheffler in RGR-Komm. Note 7 zu § 818 S. 683 unten; RGZ 118, 185 unten S. 106.

29) z.B. in RGZ 54, 141 unten S. 137; RGZ 105, 29 unten S. 114; RGZ 141, 310 unten S. 101; RG SeuffA. 76, 42 (Nr. 26) unten S. 100; RG HRR 38, 5 unten S. 97 und mehr.

Konsequenz wie ein Minderungsgrund der Bereicherung berücksichtigt. Sie bildet also nur einen Posten in der Gesamtabrechnung. Der Bereicherungsanspruch richtet sich auch bei Leistungsaustausch nur auf "eine Bereicherung", nämlich den Überschuß der Aktiv- über die Passivposten, den Saldo ³⁰⁾.

Damit wird also ein fehlgeschlagener Vertrag, auf den zwei Leistungen erbracht sind, nur mit einem Bereicherungsanspruch abgewickelt; denn der Differenzbegriff läßt angeblich nicht zu ³¹⁾, daß beide Parteien bereichert sein könnten. Auf die Natur der Bereicherungsansprüche, ob sich etwa zwei Leistungskonditionen oder eine Rechtsgutkondition und eine Leistungskondition gegenüber stehen, wird keine Rücksicht genommen ³²⁾. In dem gewählten Ausgangsfalle wäre also zu argumentieren: Der Sägewerksbesitzer S fordert von dem Waldbesitzer W das Schnittholz wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurück. Die Bereicherung des W besteht zwar in dem empfangenen Schnittholz; seine Leistung an Stammholz ist aber als Minderungsposten seiner Bereicherung zu berücksichtigen. Geht man von Gleichwertigkeit der beiden Leistungen aus, so ist der Waldbesitzer W per Saldo nicht bereichert. Er braucht das empfangene Schnittholz also nicht herauszugeben.

Das Reichsgericht faßte seine Grundsätze einmal zusammen ³³⁾:
"Wenn aufgrund eines nichtigen gegenseitigen Vertrages Leistung und Gegenleistung erfolgte, so können für die Frage, inwieweit eine Partei bereichert ist, nicht einseitig die bloß von ihr empfangenen Leistungen in Betracht gezogen werden. Vielmehr entspricht es der Billigkeit, welche die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung beherrscht,

30) Vgl. Note 29; ferner Staudinger Note 28 am Ende zu § 818 mit umfangreichen Anführungen. Zum Ausdruck "Saldotheorie" nach Mansfeld vgl. Lobe in RGR-Komm. 9. Aufl. Anm. 5 d vor § 812 (S. 647). - Zweckmäßig wird der Begriff Saldotheorie auf die Fälle beschränkt, in denen die Gegenleistung zur Anrechnung gebracht werden soll.

31) Scheffler in RGR-Komm. Vorbem. 5 d vor § 812 S. 643 oben; Preisler S. 31 u. 54.

32) RG WarnRechtspr. 1911, 363 (Nr. 325) unten S. 148; OLG Hamburg SeuffA. 76, 34 (Nr. 21) unten S. 120. Hierzu Scheffler in RGR-Komm. Vorbem. 5 d vor § 812 S. 644 Mitte.

33) Recht 1910, 2817; die Entscheidung ist mangels Sachverhalt sonst nicht verwertbar.

die auf Ausgleichung einer zwar dem formalen Recht entsprechenden, aber im Grunde ungerechtfertigten und dem natürlichen Rechtsgefühl widerstreitenden Vermögensverschiebung gerichtet ist, daß in solchem Fall die durch Leistung und Gegenleistung erwachsenen Vor- und Nachteile gegeneinander abgewogen werden, da auf die gesamte Vermögenslage des Empfängers Rücksicht zu nehmen ist. Nur der aus dem Vergleich von Vor- und Nachteilen verbleibende Überschuß stellt sich als ungerechtfertigte Bereicherung dar, die zur Herausgabe verpflichtet".

Die heute als durchaus herrschend zu bezeichnende Lehre ³⁴⁾ folgt diesem Grundsatz der Saldotheorie. Sie kann sich dabei auf eine stattliche Reihe von höchstrichterlichen Erkenntnissen stützen ³⁵⁾. Für die Einzelheiten der Entwicklung darf hier auf die Darstellungen der Saldotheorie verwiesen werden ³⁶⁾.

2. Will man die Saldotheorie näher betrachten, so ist es zweckmäßig, zunächst auf die technische Durchführung und ihre Wirkungen einzugehen und erst dann deren dogmatische Begründung zu untersuchen.

a) Die Saldotheorie überträgt die Grundsätze, die für den einseitigen Bereicherungsanspruch entwickelt wurden, auf die Abwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Leistungsaustausches. Die vom Leistungsempfänger erbrachte Gegenleistung hat keinen eigenen, selbständigen Bereicherungsanspruch zur Folge, sondern wird zum unselbständigen Abzugsposten bei Berechnung seiner Bereicherung, mit anderen Worten zum Wegfallgrund für seine Bereicherung. Die Gesamt-

34) Vgl. Anführungen bei Scheffler in RGR-Komm. Vorbem. 5 d. vor § 812 S. 643; vor allem Crome, Dernburg, Enneccerus, v. Mayr, Planck, Staudinger, Stieve, Maenner, Weintraud; ferner Baer, Esser, Larenz, Palandt, Ermann, Soergel.

35) Vgl. den zweiten Teil der Arbeit.

36) Vor allem auf Weintraud, der den wirtschaftlichen Zusammenhang einführt und die Rechtsprechung berücksichtigt und Baer als Vertreter der Saldotheorie; gegen die Saldotheorie Steller und vor allem Preisler, der die Konsequenzen der Saldotheorie in seiner Ablehnung so klar darstellte, daß sich Lobe und Scheffler weitgehend auf ihn stützen.

berücksichtigung aller Umstände, ihre Saldierung in der Gesamtdifferenzhypothese kann aber nur am Vermögen eines Rechtsträgers vorgenommen werden. An diesem Vermögen ist zu beurteilen, ob der Empfang unter Berücksichtigung der Gegenleistung zu einer Bereicherung geführt hat, und ob diese Bereicherung noch vorhanden ist.

Welches Vermögen der beiden Partner des Leistungsaustausches der Berechnung zu Grunde gelegt wird, steht nicht von vorneherein fest; die zeitliche Reihenfolge der Leistungsakte oder der Empfang der Sachleistung (gegenüber der Zahlung) geben keinen Anhaltspunkt. Soweit der Anspruch im Prozeß geltend gemacht wird, ist die durch die Klageerhebung festgelegte Parteirolle entscheidend ³⁷⁾. Sonst aber ist allein ausschlaggebend, bei welchem der beiden Partner eine Bereicherung noch vorhanden ist, so daß im Zweifel die Vermögen beider Partner zu überprüfen sind. Dabei folgt für die Saldotheorie ³⁸⁾ aus dem Gedanken der Gesamtberücksichtigung aller Einzelleistungen, daß auch aus dem Leistungsaustausch letztlich nur eine der beiden Parteien bereichert sein kann. Nur bei einer Partei können die Aktiv- die Passivposten übersteigen, der "Gesamtsaldo" des Geschäfts kann nur auf einer Seite positiv sein. Auch diese Bereicherung kann sich aber noch vermindern oder ganz wegfallen. Die einzelnen Leistungen zwischen den Parteien verlieren dadurch die Eigenschaft, Bereicherungsansprüche auszulösen; sie bilden nur noch Abrechnungsposten der Gesamtdifferenzhypothese.

- b) Diese Betrachtungsweise, die die Gegenleistung zum unselbständigen Abzugsposten, zum Wegfallgrund der Bereicherung macht, ist aber nicht nur ein Hilfsmittel für die rechnerische Ermittlung der Bereicherung. Sie hat vielmehr weitreichende andere Folgen. Sind beide Partner noch um den vollen Empfang bereichert, so erfolgt auch nach der Saldo-

37) Hierzu Preisler S. 52/53 und Schneider S. 185 ff. Sie erheben gegen die Saldotheorie daher den Vorwurf aktionenrechtlichen Denkens.

38) Scheffler RGR-Komm. Vorbem. 5 d vor § 812 S. 643 oben; Esser Schuldrecht § 310; 3 S. 456; Larenz § 25 II b S. 230.

theorie der Rücktausch der Leistungen. Bei Gleichwertigkeit der Leistungen sind die Saldi auf beiden Seiten zwar Null; denn Empfang und Gegenleistung heben sich auf. Aber die Konsequenz daraus, daß deshalb der Rücktausch unterbleiben könne, wird von der Saldotheorie nicht gezogen³⁹⁾. Denn auch für sie geht die Rückabwicklung vor. Die eigentliche Bedeutung gewinnt die Saldotheorie jedoch, wenn eine der Leistungen nicht mehr voll vorhanden ist. Hierzu ist auf die Gefahrverteilung bei der Bereicherung einzugehen.

Beim einseitigen Bereicherungsanspruch trägt der leistende Gläubiger nach der Entscheidung des Gesetzgebers in § 818 III BGB das Risiko, "nicht mehr alles zurückzubekommen".

Dabei trägt er nicht nur das Risiko für zufälligen Untergang (wie etwa bei der verwandten Leistungsgefahr des wirklichen Kaufvertrages), sondern auch für alle sonstigen Minderungsgründe, wie sie § 818 III BGB deckt. Diese Gefahr soll im folgenden Leistungsrisiko gekannt werden. Ihr Umfang ergibt sich aus der auf das noch vorhandene beschränkten milden Bereicherungshaftung.

Hinzu tritt aber die der Saldotheorie eigentümliche weitere Wirkung. Bei der Berechnung der Bereicherung wird der Wert der abzuziehenden Gegenleistung nach dem Zeitpunkt bestimmt, zu dem die Sache das Vermögen des jetzigen Bereicherungsschuldners verlassen hat⁴⁰⁾. Das weitere Schicksal der Sache bleibt unberücksichtigt; denn mit dem Verlassen des Vermögens des Bereicherungsschuldners ist bei diesem die Vermögensminderung bereits eingetreten. Eine Berücksichtigung des weiteren Schicksals der Sache würde dem Grundsatz widersprechen, daß die Herausgabe der Bereicherung dem Bereicherten keinen Schaden verursachen soll.

Darin liegt eine zusätzliche, dem einseitigen Bereicherungsanspruch fremde Risikoverteilung. Das sei am Einleitungsbeispiel verdeutlicht: Der Waldbesitzer W liefert auf Grund

39) Vgl. Preisler S. 29 - Auf dieses Versagen der Saldotheorie bei Gleichwertigkeit der Leistungen wird noch zurückzukommen sein.

40) Außer Scheffler a.a.O. Enneccerus-Lehmann § 227 III 3 S. 884.

nichtigen Vertrages dem Sägewerksbesitzer S Stammholz und erhält dafür in gleichem Wert Schnittholz. Bei S verbrennt das von W gelieferte Stammholz. Betrachtet man die Vermögenslage des W, so ergibt sich eine Bereicherung durch das Schnittholz; durch die von W erbrachte Leistung an Stammholz in gleichem Wert ist aber diese Bereicherung gemindert bzw. wieder weggefallen. Der Saldo beträgt Null. Da S das Stammholz nicht mehr herausgeben kann, findet auch ein Rücktausch nicht statt. S bekommt von W nichts heraus. Dies ist eine der wesentlichen Wirkungen der Saldotheorie, wie sie in zahlreichen Entscheidungen Niederschlag gefunden hat ⁴¹⁾. Der Anspruch des S hängt demnach von zwei Voraussetzungen ab: einmal muß bei W die ursprüngliche Leistung noch vorhanden sein. Nur soweit dies der Fall ist, kommt ein Bereicherungsanspruch in Frage. Sind von den Bretterstapeln inzwischen vier gestohlen, so kann S nur noch sechs Stapel zurückbekommen. Er trägt das Risiko dafür, daß seine erbrachte Leistung noch vorhanden ist (Leistungsrisiko).

Darüber hinaus trägt er aber auch noch das Risiko dafür, daß er das seinerseits Empfangene noch zurückgeben kann; denn nur wenn er die von ihm empfangene Leistung herausgeben kann, bekommt er sein Schnittholz wieder zurück. Damit trägt S auch alles Risiko für die von ihm empfangene Leistung, da von ihrer Rückgewähr sein eigener Bereicherungsanspruch im Ergebnis abhängt. Dieses weitere Risiko trägt S deshalb, weil der "Abzugsposten" in dem Augenblick feststeht, in dem er das Vermögen des W verlassen hat. Minderungen des Stammholzes bei S berühren nicht den ursprünglich Leistenden W, sondern führen auf dem Weg über die Saldierung zur Minderung des Bereicherungsanspruches des S; denn kann er etwa nur die Hälfte des Stammholzes zurückgeben, bekommt er auch nur die Hälfte des von ihm gelieferten Schnittholzes zurück.

41) Das geht aus zahlreichen Entscheidungen des RG hervor. Vgl. RG WarnRechtspr. 1911 Nr. 325 S. 363 unten S. 148; RG WarnRechtspr. 1926 Nr. 46 S. 55 unten S. 104; RG JW 1918, 132 (5) mit Anm. Oertmann unten S. 151; Zusammenstellung in der Auswertung der Rechtsprechung unten Note 281.

Diese Wirkung bezüglich der Risikoverteilung läßt sich mit derjenigen der Gegenleistungs- oder Preisgefahr beim wirksamen Schuldvertrag vergleichen. Sie ist Ausdruck desselben Prinzips wie in § 323 BGB, "wenn Du nichts geben kannst, erhältst Du auch nichts". Die beiden Empfänge und die darauf bezüglichen Rückgabepflichten werden auf einem, allerdings rein technischen Weg, miteinander verknüpft. Die Verteilung des "Gegenleistungsrisikos", wie diese Wirkung im Anschluß an das "Leistungsrisiko" beim einseitigen Bereicherungsanspruch genannt werden soll, ist die praktisch entscheidende Auswirkung der Saldotheorie ⁴²⁾. Trotz der zahlreichen Entscheidungen zur Saldotheorie, die zu dem dargelegten Ergebnis kommen, ist das Reichsgericht nie ausdrücklich auf diese Wirkung eingegangen ⁴³⁾; sie bedarf aber der Begründung.

- c. Die übrigen Wirkungen der Saldotheorie ergeben sich ebenfalls aus der Einbeziehung der Gegenleistung in die Abrechnung als Abzugsposten.

Für die Geltendmachung der Gegenleistung bedeutet das, daß Aufrechnung oder Rückbehaltungsrecht begrifflich nicht zur Anwendung kommen können. Im Prozeß macht der Bereicherte seine Gegenleistung nicht im Wege einer Einrede sondern durch eine Einwendung geltend ⁴⁴⁾. Bei ungleichartigen Empfängen ergeben sich allerdings Schwierigkeiten soweit eine Verrechnung nicht möglich ist. Hier wird aber der Rückaustausch der Leistungen Zug um Zug vorgenommen, wobei erlittene Bereicherungsminderungen (etwa durch Aufwendungen auf die Sache usw.) durch ebenfalls Zug um Zug zu erbringende Geldleistungen ausgeglichen werden ⁴⁵⁾.

Die Behandlung der Gegenleistung als unselbständiger Abzugsposten bot auch die Möglichkeit, schon vor der analogen An-

42) Preisler S. 35; Weintraud S. 55; Baer S. 283; Esser Schuldrecht § 310 Nr. 3 S. 456; Larenz § 25 II b 4 S. 231;

43) RGZ 94, 253 unten S. 120 erweckt im Gegenteil den Anschein, als sei die Wirkung der Saldotheorie auf die Gefahrverteilung überhaupt nicht erkannt worden.

44) Weintraud S. 84 und 133 ff; Steller S. 18.

45) Weintraud S. 23 ff; Stieve S. 30; RGZ 71, 399 unten S. 95; RG WarnRechtspr. 1926 Nr. 46 S. 55 unten S. 104; RG BankA. 1905/06, 262 unten S. 103 und öfter.

wendung des § 988 BGB ⁴⁶⁾ im Eigentümer-Besitzerverhältnis trotz Gutgläubigkeit zur Verrechnung der Nutzungen zu gelangen. § 993 I 2. Halbs. BGB konnte hierdurch bei gegenseitigen Verträgen ausgeschaltet werden ⁴⁷⁾.

Schließlich vermag die Saldotheorie im Konkurs über § 55 KO hinaus bei ungleichartigen Forderungen eine Sicherung des Gläubigers zu bewirken. Das wird an folgendem Beispiel ⁴⁸⁾ deutlich. Ist der Verkäufer eines Grundstücks nach Erfüllung des nichtigen Kaufvertrags in Konkurs gefallen, so kann der Konkursverwalter vom Käufer nicht das Grundstück herausverlangen und den Käufer zugleich für den Rückzahlungsanspruch auf die Konkursquote verweisen. Vielmehr ergibt die Saldierung beim Käufer, daß seine Bereicherung in Form des empfangenen Grundstücks durch die Zahlung des Kaufpreises wieder weggefallen ist. Da der Käufer durch die Auskehrung der Bereicherung nicht geschädigt werden darf, braucht er das Grundstück nur gegen Rückzahlung des vollen Kaufpreises an den Konkursverwalter herauszugeben.

- a) Die dogmatische Begründung der Saldotheorie folgte ihrer praktischen Anwendung erst nach. Bei einer Schöpfung der richterlichen Praxis ist das auch verständlich. Der hier und da berührte Begriff der Billigkeit ⁴⁹⁾ vermag heute die

-
- 46) Durch die Grundsatzentscheidung des Großen Senats in Zivilsachen RGZ 163, 348 unten S. 152. Heute überholt durch das Praevalidieren des schuldrechtlichen Anspruchs, das einen "Umweg" über § 988 BGB unnötig macht; vgl. hierzu v. Caemmerer Boehmerf. S. 154.
- 47) SO RGHR 38, 5 unten S. 97 und RGZ 141, 310 unten S. 101.
- 48) Vgl. v. Caemmerer Rabelf. Z 12, 705 und die dort angegebene Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts, Bl.f.Zürch.Rspr. 2, 321; aus der deutschen Rspr. RGJW 15, 918 (7) unten S. 112 und RGZ 105, 29 unten S. 114.
- 49) RG in Recht 1910, 2817 (ohne Sachverhalt); RG Warn. Rechtspr. 1911 Nr. 325 S. 363 unten S. 148; RGZ 86, 343 unten S. 150. In der Literatur: Stück S. 35, Maenner a.a.O. bei Scheffler "rechtspolitische Gründe" in RGR-Komm. Vorbem. 5 d vor § 812 S. 644 Mitte; dagegen grundsätzlich Preisler S. 17, 56/57; Soergel-Erdsiek Vorbem. vor § 812; Raape AcP 152, 458; v. Caemmerer Rabelf. S. 339. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die richterliche Überzeugung von der Billigkeit einer Entscheidung maßgeblich zur Entwicklung beigetragen hat. Eine dogmatische Begründung ist darin aber nicht zu sehen.

Bereicherung weder im ganzen noch zum Teil, etwa dem Umfang nach, dogmatisch zu begründen. Daß die Ergebnisse der Bereicherungsabwicklung der Billigkeit entsprechen sollen, ist nicht auf das Bereicherungsrecht beschränkt. Auch die Behauptung, der Bereicherungsanspruch sei ein wirtschaftlicher Begriff, führt nicht weiter ⁵⁰⁾. Soweit damit die rechtliche Seite der Bereicherung, d.h. die Berücksichtigung auch der Gegenleistung durch die Abrechnung und Saldierung begründet werden sollte, wäre das eine unzulässige "petitio principii". Denn die "Abrechnung" ist Durchführung, nicht aber Grund für die Saldierung der Bereicherungsansprüche. Auch die "gesamtheitliche Betrachtung", d.h. das Nichtzerreißen einzelner einheitlicher Lebensvorgänge ⁵¹⁾, bietet allein keine dogmatische Begründung; entweder sollte die Betrachtung der Einzelakte nicht vom Gesamtergebnis abweichen oder aber der Zusammenhang der Ansprüche, ihre gegenseitige Abhängigkeit wäre zu begründen.

Auch die Parallelen zum Schadensersatzrecht führen nicht weiter ⁵²⁾.

- b) Die heute vorherrschende dogmatische Begründung findet sich im Reichsgerichtsrätekomm. , was der Entstehungsgeschichte der Saldotheorie aus der Rechtsprechung heraus entspricht. Lobe ⁵³⁾ und ihm folgend Scheffler haben die Voraussetzungen und die Begründung der Saldotheorie formuliert. Sie stützen sich dabei auf die Arbeit Preislers, der diese Konsequenzen darstellte, sie aber ablehnte.

Lobe geht für seine Begründung auf den Gegenstand der Bereicherung zurück. Dieser sei nicht eine erlangte Leistung, sondern vielmehr rein abstrakt die Vermögensdifferenz beim Bereicherten, der Überschuß der Aktiv- über die Passivposten. Gegenstand der Bereicherung sei danach die Leistung des Bereicherten, die imstande sei, den Unterschied

50) Steller S. 29; Preisler S. 7; Scheffler in RGR-Komm. Vorbem. 5 d vor § 812 S. 643.

51) So etwa ausdrücklich OLG Hamburg SeuffA. 76 Nr.21 S.34 unten S. 153.

52) Baer S. 274 ff; Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes; hiergegen mit Recht Wilburg S. 20 ff, Preisler S. 22 ff.

53) In der 9.Aufl.1939, Scheffler in der 10.Aufl.1953 Vorbem. 5 d vor § 812. Ansätze hierzu bereits bei Stieve.

zwischen den Aktiv- und den Passivposten auszugleichen. Die Berücksichtigung sämtlicher Abzugsposten (Minderungen) ist damit unter Umgehung des strengen Gesetzeswortlautes in den Gegenstand der Bereicherung vorverlegt; der Bereicherungsanspruch bestimmt sich in seinem Umfang nicht mehr durch vorhandene Bereicherung und durch Wegfall der Bereicherung, sondern ist selbst der abstrakten Differenz gleich; er ist von Anfang an in sich beschränkt.

Um aber diesen Bereicherungsanspruch zu realisieren, müsse vom Gegenstand des Bereicherungsanspruchs seine Durchführung getrennt werden. Der Gegenstand zeige, was überhaupt Bereicherung sei, die Durchführung habe nach dem Gesetz in erster Linie durch Rückgabe des Erlangten zu erfolgen, bei gleichartigen Leistungen sei die Verrechnung unmittelbar möglich.

Durch diese Bestimmung des Gegenstandes der Bereicherung wird die Bereicherung zum reinen Differenzbegriff. Es gehört nun zum Begriff der Bereicherung, daß die Minderungsgründe bereits berücksichtigt sind. Damit wird § 818 III BGB als Grundlage des Wegfalls der Bereicherung zugleich überflüssig. In der Tat lassen Lobe und Scheffler die Anrechnung der Gegenleistung auch dann noch zu, wenn sie nach Eintritt der Bösgläubigkeit erfolgt und damit ein Wegfall der Bereicherung im Rahmen des § 818 III BGB durch §§ 818 IV, 819 BGB ausgeschlossen wäre⁵⁴⁾. Für die übrigen Wegfallgründe wird diese Konsequenz allerdings nicht gezogen; die unterschiedliche Behandlung wird aber auch nicht begründet.

4. Diese Auffassung vom Gegenstand der Bereicherung kennt naturgemäß keinen Unterschied zwischen den einzelnen Arten der Bereicherungsansprüche. Sie orientiert sich allein am Saldo und ist daher darauf beschränkt, die Bereicherung beim Beklagten auszukehren. Darauf, daß etwa einer der Beteiligten geschäftsunfähig ist, kann sie keine Rücksicht nehmen, da An-

54) Anm. 7, 1 zu § 818; so auch v. Caemmerer Rabelf. S. 385. Ein Ergebnis, dem man zustimmen kann, aber nicht mit dieser Begründung. Anderer Ansicht noch Weintraud S. 72 ff und Larenz S. 231, die konsequent den § 818 III BGB als Grundlage der Saldierung ansehen. Vergl. auch RGZ 139, 208, unten S. 115.

knüpfungspunkt allein die abstrakte Differenz zwischen Erlangtem und den Minderungsposten ist. Der Differenzbegriff der Bereicherung scheint von Lobe und Scheffler konsequent zu Ende gedacht. Trotzdem haben sie für ihre Konsequenzen ausdrückliche Nachfolge in der Literatur nicht gefunden ⁵⁵⁾.

IV. Einwendungen gegen die Saldotheorie.

1. Die Angriffe gegen die Saldotheorie gingen im Anfang hauptsächlich von den Anhängern der Zweikondiktionentheorie aus. Vertreter dieser Theorie waren vor allem Oertmann und von Tuhr ⁵⁶⁾. Die Zweikondiktionentheorie geht, wie ihr Name schon sagt, zur Abwicklung des fehlgeschlagenen Leistungsaustauschs von zwei selbständigen Bereicherungsansprüchen aus, die bereicherungsrechtlich keinen Zusammenhang haben. Lediglich durch Aufrechnung bei Gleichartigkeit des Gegenstandes oder sonst durch Zurückbehaltungsrecht kann eine Verknüpfung der Bereicherungsansprüche eintreten. In dem gewählten Einleitungsbeispiel könnte nach dieser Theorie der Sägewerksbesitzer S das von ihm gelieferte Schnittholz zurückverlangen; der Waldbesitzer W dagegen bekäme nichts zurück, da sein Bereicherungsanspruch durch Verlust des Stammholzes bei S weggefallen wäre. Es bliebe also bei dem "Leistungsrisiko" der einzelnen Bereicherungsansprüche. Mangels Verknüpfung der beiden, zur Abwicklung des einen fehlgeschlagenen Vertrages dienenden Ansprüche, taucht das Problem des Gegenleistungsrisikos gar nicht auf.

Die Zweikondiktionentheorie kann sich darauf berufen, daß sie dem Gesetz entspreche ⁵⁷⁾. Denn das Gesetz kennt seine Verknüpfung von Bereicherungsansprüchen nicht, wenigstens nicht ausdrücklich. Die Angriffe richten sich daher in erster Linie gegen diese Verknüpfungswirkung der Saldotheorie. Weiter wird angegriffen, daß es von Zufälligkeiten abhängt, welches

55) Vgl. hierzu die neutrale Stellungnahme von Enneccerus-Lehmann § 227 I und III S. 881 und 883, Staudinger Note 28 u. 45 zu § 818.

56) Vgl. oben Note 3 mit Fundstellen und vollständiger Aufzählung.

57) v. Caemmerer Rabelf. S. 385.

der beiden Vermögen den Ausgangspunkt für die Berechnung der Bereicherung bilde. Dadurch werde ein großer Unsicherheitsfaktor für den Kläger geschaffen⁵⁸⁾. Ferner würde ein und derselbe Posten der Bereicherung verschieden berücksichtigt, je nach dem, ob er dem Vermögen des Klägers oder dem des Beklagten zugerechnet würde⁵⁹⁾. Auf diese Angriffe hat Preisler⁶⁰⁾ geantwortet und nachgewiesen, daß in jedem Falle einheitliche Ergebnisse auch mit der Berechnung nach Saldotheorie erzielt werden. Bei der rein technischen Terminologie der Saldotheorie wird zwar das untergegangene Stammholz einmal beim Waldbesitzer W voll als Leistung anerkannt, beim Sägewerksbesitzer S dagegen wird der Wegfall der Bereicherung zu seinem Nachteil berücksichtigt. Das erklärt sich aber aus der Risikoverteilung, die die Saldotheorie bewirkt.

Schwierigkeiten - vor allem für die Praxis - ergeben sich für die Bewertung der Leistung. Das Abstellen auf den reinen Differenzbegriff macht eine Bewertung aller Sachleistungen erforderlich. Diese gerecht vorzunehmen, ist schwer durchführbar⁶¹⁾. Wenn beide Leistungen gleichwertig und ungleichartig noch voll vorhanden sind, entsteht weiter das Problem, ob überhaupt ein Rücktausch stattfinden kann. Denn ein Saldo, auf den sich der Bereicherungsanspruch richtet, ist nicht vorhanden bzw. er ist gleich Null⁶²⁾. Die an sich konsequente Folgerung daraus, daß ein Austausch dann unterbleibt, wird allerdings von den Anhängern der Saldotheorie nicht gezogen; sie geben aber auch keine Begründung für die Rückabwicklung in diesem Falle.

Ferner wird gerügt, daß die Wirkungen der Saldotheorie nur bei stattgehabtem Austausch der Leistungen eintrete. Die Gefahrtragung hänge damit von dem Zufall ab, ob etwa der Käufer den Kaufpreis für die Kaufsache bereits bezahlt habe oder nicht⁶³⁾.

Auch vermag die Saldotheorie die Behandlung der Fälle der arglistigen Täuschung durch die Rechtsprechung nicht zu er-

58) Stück S.66; Oertmann JW 1919, 329 ff.

59) Oertmann JW 1919, 329 ff. bes. 335 u. DJZ 1915, 1063; Baer S. 292.

60) a.a.O. S. 31.

61) So zutreffend Preisler S. 29; Schulz S. 477.

62) Preisler S. 29.

63) Dazu neuerdings Flume S. 162, Lehmann Nipperdey f. S. 37; siehe hierzu unten S. 58 f.

klären. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung ⁶⁴⁾ für die Fälle der arglistigen Täuschung die Saldotheorie nicht angewendet. Es begründet dies damit, daß eine Berücksichtigung der Gegenleistung von Amts wegen nicht stattfinden könne und es deshalb dem unlauter Handelnden überlassen bleiben müsse, seine aufgewendete Leistung zurückzuverlangen. Damit ist jedoch eine dogmatische Begründung nicht gegeben.

Schließlich wird vorgetragen, die Saldotheorie durchbreche im Ergebnis die Vorschriften zum Schutze der beschränkt Geschäftsfähigen und Geschäftsunfähigen. Zwischen den beiden Gruppen würden auch noch unberechtigte Unterschiede eintreten ⁶⁵⁾. Die Saldotheorie wirke in Richtung auf eine Aufrechterhaltung des unwirksamen Vertrags, wie sich aus der ihr eigentümlichen Risikoverteilung ergebe. Gerade dies aber widerspreche dem Zweck des Schutzes dieser Personengruppen. Auf diese Einwendungen wird im einzelnen noch einzugehen sein.

2. Die weiteren Angriffe gegen die Saldotheorie konzentrieren sich auf deren Wirkungen bei der Risikoverteilung bezüglich der empfangenen Leistungen.

a) Beim einseitigen Bereicherungsanspruch trägt der Leistende das volle Risiko dafür, daß beim Empfänger die Bereicherung noch vorhanden ist ⁶⁶⁾. Geht die Leistung beim Gegner unter, so bekommt der Gläubiger des Bereicherungsanspruchs nichts heraus. Das ergibt sich aus § 818 III BGB.

Wendet man auf die Abwicklung des gegenseitigen nichtigen Vertrags Zweikondiktionentheorie an, so bleibt es mangels Verknüpfung der Bereicherungsansprüche bei dieser Risikoverteilung; jeder Leistende trägt das Risiko dafür, von seinem Partner das Geleistete wieder zurückzuerhalten.

64) Zusammenstellung im Reichsgerichtsrätekomm. Vorbem. 5 d vor § 812 S. 644 unten; vgl. Gruppe der Rechtsprechung unten S. 131 f.

65) v. Tuhr allg. Teil II 1 S. 358 Anm. 159; Oertmann DJZ 1915 1063; Steller S. 35; Flume S. 163/164; verteidigend Baer S. 298.

66) Vgl. oben S. 13.

Geht man dagegen von der Saldotheorie aus, so bleibt es nicht beim "Leistungsrisiko", d.h. dem Risiko, daß die geleistete Sache beim Empfänger noch vorhanden ist. Es kommt hinzu das oben sogenannte "Gegenleistungsrisiko". Kann S, um beim Einleitungsbeispiel zu bleiben, dem Waldbesitzer W das von ihm empfangene Stammholz nicht zurückgeben (etwa weil es verbrannt ist),* bekommt er auch sein Schnittholz nicht heraus. Aus der Betrachtung der Gegenleistung als einem "Abzugsposten" resultiert (auf technischem Weg) eine Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche. Durch die Bestimmung der Höhe des Abzugspostens nach dem Wert, den er im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Vermögen des Partners hatte, ohne Berücksichtigung einer späteren Minderung oder eines Wegfalls, wird dem Empfänger auch das Risiko für die Erhaltung dieser Leistung auferlegt. Empfängt also S von W das Stammholz, dann ist für das Vermögen des W der Abzugsposten seiner Bereicherung (nämlich durch das gelieferte Stammholz) damit fixiert. Verbrennt das Stammholz bei S, berührt das nicht mehr W sondern S; denn er kann das Stammholz nicht mehr zurückgeben und erhält daher sein Schnittholz auch nicht zurück. Der Untergang des Stammholzes geht also im Ergebnis zu Lasten des S; er trägt das Gegenleistungsrisiko.

- b) Gegen diese Gefahrverteilung weisen die Anhänger der Zweikonditionentheorie zu Recht auf die übrigen Formen der Rückabwicklung bei fehlerhaften Geschäften hin. Denn es liegt nicht allzu fern, hier einen gewissen Zusammenhang zu erwarten.

Als Grundform der Regeln für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge lassen sich die Normen über den Rücktritt in §§ 346 ff BGB bezeichnen. Denn die Bedeutung des Rücktritts erschöpft sich nicht im vertraglichen Rücktrittsrecht. Hauptanwendungsbereich sind vielmehr die Verweisungsfälle, in denen die §§ 346 ff BGB auf gesetzliche Rücktrittsrechte Anwendung finden. Bei Nichterfüllung gewähren §§ 325, 326 BGB entweder Anspruch auf Schadensersatz oder aber ein Rücktrittsrecht auf das nach § 327 Satz 1 BGB die §§ 346 ff BGB anwendbar sind.

Die Rechtsmängelhaftung beim Kauf führt durch Verweisung auf die allgemeinen Folgen der Nichterfüllung zu denselben Rechtsbehelfen; soweit nicht Schadensersatz gewählt wird, ist ein Rücktrittsrecht gegeben, §§ 434, 439, 440 I, 325, 327, 346 ff BGB. Schließlich führt auch die Sachmängelhaftung, soweit nicht am Vertrag festgehalten und lediglich gemindert wird, zum Rücktritt. Denn die Wandlung des § 462 BGB ist, wie § 467 BGB zeigt, nichts anderes als ein gesetzliches Rücktrittsrecht.

Haftung und Risikoverteilung sind beim Rücktritt in der Weise geregelt, daß die zu vertretende Unmöglichkeit der Herausgabe des Empfangenen nicht etwa den Anspruch des Rücktrittsberechtigten mindert, sondern bereits das Recht zum Rücktritt ausschließt. Gegenüber der Haftung beim Bereicherungsrecht (§ 818 BGB) ist die Regelung der §§ 350 ff BGB differenzierter. Soweit der Empfänger einer Leistung ihren Untergang oder die Unmöglichkeit der Herausgabe zu vertreten hat (wobei auch das "Verschulden gegen sich selbst" genügt), ist sein Rücktrittsrecht ausgeschlossen. Das entspricht allgemeinen Grundsätzen ("venire contra factum proprium" oder auch § 325 beim gegenseitigen Vertrag).

Von besonderer Bedeutung ist aber die Haftung für zufälligen Untergang der Sache. Hier bestimmt § 350 BGB, daß der zufällige Untergang der empfangenen Sache den Rücktritt nicht ausschließt. Das bedeutet zugleich, daß der Rücktrittsberechtigte seine Leistung voll zurückbekommt, ohne selbst etwas geben zu müssen. Die Gefahr für zufälligen Untergang trägt also der ursprünglich Leistende; geht die Sache beim Empfänger unter, so bekommt er nichts heraus und muß dennoch das seinerseits Empfangene herausgeben. Mit der Erklärung des Rücktritts springt die Gefahr, die im wirksamen Vertrag auf den Empfänger der Sache übergegangen war (ein Verlust nach Gefahrübergang nach §§ 446, 447 BGB muß der Erwerber tragen), wieder auf den Leistenden zurück und zwar mit rückwirkender Kraft.

Dies sei am Einleitungsbeispiel verdeutlicht. Konnte S vom Tauschvertrag zurücktreten, so kann er sein Schnittholz von W herausverlangen. Daß das von W gelieferte Stammholz bei S durch Zufall verbrannt ist, steht seinem Rückgewähranspruch nicht entgegen. Denn durch Ausübung des Rücktrittsrechts ist die Gefahr rückwirkend auf den W wieder zurückgesprungen; S trug im Ergebnis nie die Gefahr für das Empfangene. Dieses Ergebnis entspricht dem des einfachen Bereicherungsanspruches (der allerdings noch wesentlich weitere Wegfallgründe kennt) in § 818 III BGB. Jeweils der Leistende trägt die Gefahr und das Risiko für die von ihm erbrachte Leistung.

Ganz anders liegt es bei der Saldotheorie. Dort trägt, wie oben ausgeführt, nicht nur der Leistende die Gefahr für die von ihm erbrachte Leistung im Sinne des Leistungsrisikos; sondern er trägt dazu das Gegenleistungsrisiko, denn wenn er das Empfangene nicht zurückgeben kann, bekommt er auch die von ihm erbrachte Leistung nicht zurück. Die Risikoverteilung bei der Saldotheorie weicht also von der des Rücktritts erheblich ab.

- c) Es fehlt aber nicht an Stimmen ⁶⁷⁾, die die Regelung des § 350 BGB unbillig nennen. Sie mag im Bereich des Sachmängelrechts ihre Berechtigung haben. Der Empfänger der mangelhaften Sache soll diese nicht deshalb bezahlen müssen, weil sie zufällig untergegangen ist, während er sie sonst hätte zurückgeben und den Kaufpreis hätte herausverlangen können. Wird aber ein Rücktrittsvorbehalt im Interesse des Rücktrittsberechtigten vereinbart, so kann man diese Risikoverteilung kaum mehr hinnehmen. Die überwiegende Meinung kommt daher hier durch "Vertragsauslegung" zum Ausschluß des § 350 BGB.

Abgesehen von den Fällen, bei denen gerade der Sachmangel zum Untergang der Sache führte, entspricht die Risikoverteilung des § 350 BGB der Verkehrsauffassung aber auch sonst wenig. Denn der Vertrag wurde durch Austausch der Leistungen erfüllt;

67) Siber S. 216, Esser, Schuldrecht, § 171, 5 S. 172; Larenz § 25 I c S. 226 "rechtspolitisch verfehlt"; ähnlich Mezger JZ 53, 67; neuerdings vor allem Schwenn, AcP 152, 138 ff und Wolf AcP 153, 97 ff.

jeder Erwerber übernahm damit auch die Gefahr für seinen Erwerb. Es wäre nicht unbillig, wenn es bei dieser Gefahrverteilung auch bei einem Rücktritt bliebe. Die Gefahrverteilung entspräche dann derjenigen des gegenseitigen Vertrages in § 323 BGB. Palandt-Danckelmann ⁶⁸⁾ im Anschluß an Wolf ⁶⁹⁾ bezeichnet § 323 BGB als eine Regelung, die auch für den Rücktritt vorzuziehen gewesen wäre. Läßt sich dies mit dem Wortlaut der Rücktrittsvorschriften auch nicht vereinbaren, so geben diese Bestrebungen doch einen Anhaltspunkt dafür, wie die vom Prinzip des § 350 BGB abweichende Risikoverteilung durch die Saldotheorie zu beurteilen ist.

- d) Die dargelegte Wirkung der Saldotheorie in Bezug auf die Risikoverteilung tritt stets ein, wenn sich zwei Leistungskonditionen gegenüber stehen, wenn also die dinglichen Geschäfte wirksam waren. Liegen aber nicht zwei Leistungskonditionen, sondern eine Leistungskondition und eine Kondition wegen Bereicherung aus fremdem Gut vor, so ist die Gefahrverteilung nicht mehr so klar. Wäre im Einleitungsbeispiel der Sägewerksbesitzer S etwa geschäftsunfähig gewesen, so hätte W an dem gelieferten Schnittholz kein Eigentum erworben. Infolge dessen hätte S das von ihm gelieferte Schnittholz mit dem Eigentumsherausgabeanspruch verlangen können; hiergegen hätte W die Lieferung des Stammholzes nicht einwenden können, denn § 985 BGB kennt eine derartige Verknüpfung nicht. W wäre vielmehr auf seinen einseitigen Bereicherungsanspruch oder ebenfalls einen Eigentumsanspruch beschränkt gewesen, der wegen Wegfalls der Bereicherung bzw. Untergangs der Sache gegenstandslos geworden wäre. Er hätte daher nicht einmal ein Zurückbehaltungsrecht an dem empfangenen Schnittholz gehabt.

68) 14. Aufl. 1955, Anm. 1 zu § 350 BGB.

69) a.a.O. S. 97 ff, insbesondere S. 142. Er hat den Vorschlag gemacht, auf § 350 BGB den § 323 BGB anzuwenden (!). Den entgegenstehenden § 348 BGB umgeht Wolf; wie Palandt-Danckelmann a.a.O. bemerkt, würde das die Risikoverteilung beim Rücktritt "auf den Kopf stellen". Im übrigen engt Wolf den Anwendungsbereich des § 350 BGB möglichst ein, indem er den Begriff des Vertretenmüssens weit ausdehnt.

Hätte nun aber W das gelieferte Schnittholz weiterverkauft, dann hätte der Dritte gem. §§ 929, 932 BGB Eigentum erworben, guten Glauben vorausgesetzt. Gegen W hätte der S dadurch einen Bereicherungsanspruch gem. § 816 I BGB erworben. Damit wäre nach Ansicht des Reichsgerichts wieder eine zur Saldierung der beiderseitigen Leistungen geeignete Lage gegeben gewesen ⁷⁰⁾. Zugleich mit Vornahme der Saldierung wäre aber auch die Gefahrverteilung der Saldothorie zum Zuge gekommen. Danach hätte aber wieder S als Empfänger der Leistung das Gegenleistungsrisiko für das untergegangene Stammholz zu tragen; sein Anspruch auf das Schnittholz wäre daher dem Ergebnis nach wertlos geworden, bezw. er hätte das Schnittholz nicht herausbekommen.

Diese tiefgreifende Wirkung der Weiterveräußerung ⁷¹⁾ der empfangenen Leistung auf die Risikoverteilung zwischen den Geschäftspartnern ist in der Tat nicht haltbar. Denn als Geschäft zwischen Dritten darf sie die Gefahrverteilung zwischen den Partnern nicht beeinflussen. Ein Großteil aller Angriffe richtet sich daher gegen diese besondere Wirkung der Saldothorie und nicht so sehr gegen die sonstige Gefahrverteilung ⁷²⁾. Flume ⁷³⁾ nennt dieses Überspringen der Gefahr nicht zu Unrecht Alchimie.

Die weitere Untersuchung wird zeigen, daß diese Einzelwirkung nicht gegen die Ergebnisse der Saldothorie im allgemeinen spricht. Sie rührt vielmehr davon her, daß die Natur des Anspruchs wegen Bereicherung aus fremdem Gut keine genügende Beachtung fand.

3. Die Angriffe gegen die Saldothorie richteten sich nicht nur gegen ihre Auswirkungen bei der Gefahrverteilung, sondern auch gegen ihre Begründung. Vor allem v. Tuhr und Oert-

70) RGJW 1915, 918 (7) unten S. 112; RG JRdSch 27, 1413 unten S. 106; hierzu zustimmend Baer S. 296 ff; Staudinger Note 45 zu § 818; ablehnend v. Tuhr Festgabe für Bekker 1907 S. 307 u. Oertmann DJZ 1915, 1063.

71) Gleich stehen Verarbeitung oder Vermischung soweit daraus ein Anspruch gem. § 951 BGB entsteht.

72) Preisler S. 37; Steller S. 44; Oertmann DJZ 1915, 1063 u. vor allem JW 1919, 336.

73) a.a.O.S. 164.

mann 74) haben angezweifelt, ob zwischen Leistung und Gegenleistung überhaupt ein Kausalzusammenhang besteht. Ein solcher Kausalzusammenhang ist nach der Begriffsbestimmung der Saldotheorie die notwendige Voraussetzung, um die Gegenleistung bei der Bildung der Differenz und des Saldos berücksichtigen zu können. Denn bei der Gesamtdifferenzhypothese sind nur, aber auch alle die Umstände zu berücksichtigen, die im Kausalzusammenhang mit dem bereichernden Ereignis die Bereicherung gemindert haben. Kann man diesen Kausalzusammenhang für die Minderungsgründe bei Aufwendungen auf die Sache oder entstandenen Unkosten wie Zöllen und Frachten etwa noch bejahen, so paßt dies doch nicht für die Gegenleistung. Denn Erbringung der Leistung und Erfüllung der Leistungspflicht ergeben sich aus dem schuldrechtlichen Vertrag. Für die mit Erfüllung dieser Leistungspflicht zusammenhängenden inneren Vorgänge und Motivationen beim Schuldner ist der Kausalzusammenhang nicht der geeignete Begriff. Er paßt zwar auf natürliche Ereignisse und Vorgänge, wie sie etwa im Schadensersatzrecht auftreten, nicht aber auf rechtliche und auch moralische Bindungen. Denn warum ein Schuldner seine Leistungspflicht erfüllt, kann von vielerlei Umständen verursacht sein. Die Erfüllungshandlung läßt sich deshalb nicht als Folge der Leistungspflicht ansehen. Noch weniger aber kann man die Erbringung der Gegenleistung als durch die Leistung selbst adaequat verursacht ansehen. Die Beziehungen, die zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen, lassen sich nicht durch den der naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise entstammenden Begriff des Kausalzusammenhangs erfassen; sie lassen sich nur aus der gegenseitigen Bindung der Leistungspflichten im Vertrag und der daraus resultierenden gegenseitigen Abhängigkeit im Synallagma verstehen 75).

Von dieser generellen Ungeeignetheit des Begriffs Kausalzusammenhang abgesehen, sind auch zahlreiche Fälle denkbar, in denen ein Kausalzusammenhang überhaupt nicht besteht.

74) v. Tuhr Festgabe für Bekker 1907 S. 306 ff; Allg. Teil II 1 S. 358. Oertmann Komm. Bem. 3a & zu § 818 S. 1040; DJZ 1915, 1063.

75) Vgl. gegen den Differenzbegriff, der auf dem des Kausalzusammenhangs aufbaut, etwa Wilburg S. 142.

Wenn z.B. der Bereicherte seine Leistung schon erbracht hatte, bevor er die Leistung des Gegners empfangen hat, kann man nicht mehr sagen, daß die Leistung des Gegners die Ursache für seine Leistung war; denn sie ging ja zeitlich voraus. Der zweifellos vorhandene innere Zusammenhang wird aber vom Begriff des Kausalzusammenhangs nicht erfaßt ⁷⁶⁾.

Die Saldotheorie unter Führung Weintrauds hat aus dieser mangelnden Eignung des Begriffs Kausalzusammenhang die Konsequenzen gezogen und sich an seiner Stelle zu dem neuen Begriff des "wirtschaftlichen Zusammenhangs" als Abgrenzungsnorm bekannt. Weintraud bestimmt dabei den Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs wie folgt ⁷⁷⁾:

"Von einem zur Anrechnung berechtigenden einheitlichen Lebensverhältnis wird man zu sprechen haben, wenn zwei Personen derart in Beziehungen zu einander stehen, daß die zufolge dieser Beziehungen ausgetauschten Leistungen nach den Anschauungen des täglichen Lebens nicht vereinzelt, sondern stets im Zusammenhang betrachtet, von wirtschaftlichem Zusammenhang, wo Verlust und Erwerb nach den Anschauungen der wirtschaftenden Menschen, vor allem also der Kaufleute, als die zwei Seiten eines einheitlichen Geschäfts aufgefaßt werden".

Die Rechtsprechung hat den Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs übernommen, ohne daß dadurch sein Inhalt klarer geworden wäre ⁷⁸⁾. Es erscheint vielmehr kaum möglich, dem Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs einen konkreten Inhalt zu geben, was auch Weintraud anerkennt. Er geht über den Begriff des Kausalzusammenhangs hinaus, für eine weitere Abgrenzung fehlen aber scharfe Maßstäbe.

Die Schwäche der Begriffe sowohl des Kausalzusammenhangs wie auch des wirtschaftlichen Zusammenhangs wird bei den

76) Vgl. hierzu ausführlich Weintraud S. 56 ff. bes. S. 62/63, der noch mehrere Fälle ausgesprochenen Versagens des Kausalzusammenhangs anführt; ferner Baer S. 266 ff.

77) a.a.O. S. 71; in Note 36 räumt Weintraud selbst ein, daß die Formulierung wenig scharf sei.

78) RG HRR 38,5 unten S. 97; BGHZ 1,75 unten S. 163; in der Lehre vgl. etwa Scheffler in RGR-Komm. Vorbem. 5 d. vor § 812 S. 643; Esser Schuldrecht § 310 3 S. 456.

Fällen der Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut, bei denen die Gegenleistung an einen Dritten erbracht wurde, deutlich ⁷⁹⁾. Hat der Verarbeiter gestohlenen Stahls diesen seinem Vormann bezahlt, kann er dennoch dem Bereicherungsanspruch des Eigentümers aus § 951 BGB diese Zahlung als Minderung nicht entgegensetzen. Das begründet das Reichsgericht u.a. mit dem fehlenden Kausalzusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung. Es leuchtet aber ein, daß bezüglich des wirtschaftlichen Zusammenhangs für den Verarbeiter des Stahls kein Unterschied besteht, ob ihm sein Vormann Eigentum am Stahl verschaffen konnte oder nicht ⁸⁰⁾. Der wirtschaftliche Zusammenhang bietet somit keine brauchbare Unterscheidung. Die Angriffe gegen den Kausalzusammenhang als alleinige Grundlage für die Anrechnung der Gegenleistung können daher auch durch den Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs nicht als überwunden angesehen werden. Die Abgrenzung muß vielmehr nach anderen Gesichtspunkten vorgenommen werden.

- a) Aber nicht nur gegen den Abgrenzungsbegriff des Zusammenhangs bei der Saldotheorie sind Angriffe möglich. Auch gegen die zuletzt von Scheffler ⁸¹⁾ vertretene theoretische Begründung der Saldotheorie bestehen Bedenken. Scheffler baut auf dem reinen Differenzbegriff ⁸²⁾ als Grundlage für den Wegfall der Bereicherung und damit die Anrechnung der Gegenleistung auf. Alle Umstände, die mit dem bereichernden Ereignis in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, sind zu berücksichtigen. Gegenstand der Bereicherung ist nicht die ursprüngliche Leistungssache, sondern losgelöst von dieser, die durch den Austausch entstandenen Vermögensdifferenz, der Saldo (auch

79) Vgl. die Gruppe der Rechtsprechung unten S. 167.

80) Konsequent kommt Weintraud S. 78 ff. bes. S. 80 daher zur Absetzbarkeit der Leistung in diesen Fällen.

81) In RGR-Komm. Vorbem. 5 d. vor § 812 im Anschluß an Lobe in den früheren Auflagen.

82) wie er bereits von v. Tuhr begründet wurde (für den einseitigen Bereicherungsanspruch), Festgabe für Bekker, 1907 S. 306 ff. - Wilburg, S. 142 lehnt den Differenzbegriff ab, als einen mißglückten Begriff, der den mechanischen Anschauungen des Bereicherungsrechts entspreche.

bezeichnet als die Leistung des Bereicherten, die imstande ist, die Differenz zwischen Aktiv- und Passivposten auszugleichen). Entspricht diese Bestimmung des Gegenstands der Bereicherung, auf dem die Saldotheorie dogmatisch ruht, dem Gesetz?

- b) Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, daß in erster Linie die Rückgabe der geleisteten Sache geschuldet wird. Diese wird als die Bereicherung bezeichnet und diese ist herauszugeben. So spricht etwa § 812 I BGB von der Herausgabe des erlangten Etwas. Dieses Etwas muß durch die Leistung des Entreicherten (in aller Regel) in das Vermögen des Empfängers gelangt sein. Das kann aber nur von einer Leistungssache, nicht von einer Vermögensdifferenz behauptet werden. Ferner erstreckt § 818 I BGB den Bereicherungsanspruch auf Nutzungen und Ersatzerwerb. Diese Ausdehnung unter gleichzeitiger Spezifizierung zeigt, daß dem Gesetz keine abstrakte Differenzhypothese zu Grunde liegt.

Die Vorschrift des § 818 II BGB sieht den Wertersatz gegenüber der Herausgabe der Leistungssache als die Ausnahme an. In § 818 III BGB schließlich stehen Herausgabe und Wertersatz gleichgeordnet nebeneinander. Von einer völligen Abstraktion vom Leistungsgegenstand läßt sich daher bei dieser Gesetzesformulierung nicht sprechen. Auch lassen sich aus dem Gesetz keine Anhaltspunkte für eine Trennung des Masses der Bereicherung von der Durchführung des Bereicherungsanspruchs entnehmen.

- c) Wer sich über solche gesetzestechnische Bedenken hinwegzusetzen bereit wäre, um eine einheitliche Theorie des Bereicherungsrechts zu schaffen, müßte doch folgendes berücksichtigen: Der Wegfall der Bereicherung in § 818 III BGB stellt eine Begünstigung des gutgläubigen Empfängers der Bereicherung dar ⁸³⁾. Wie alle Vorschriften zugunsten des guten Glaubens (die gesetzestechnische Fassung ist wegen der darin liegenden Beweislastverteilung nicht entscheidend) bilden sie die Ausnahme gegenüber dem Regelfall. Den Gegenstand der

83) v. Caemmerer Rabelf. S.368 und Note 136

Bereicherung gem. §§ 818 IV, 819, 292 bildet aber die geleistete Sache und nicht nur eine abstrakte Vermögensdifferenz. Durch Eintritt der Bösgläubigkeit verwandelt sich nicht der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, sondern nur die Haftung.

- d) Schließlich ergibt sich aus der Funktion der hier in erster Linie zu betrachtenden Leistungskondition, daß ihr einziger Zweck nicht die Auskehrung der Bereicherung beim Beklagten ist; die Rückabwicklung des fehlgeschlagenen vollzogenen Vertrags steht vielmehr der Wichtigkeit nach auf derselben Stufe, wie die Auskehrung der Bereicherung. Dieser Rückabwicklung wird aber in aller Regel allein eine Rückgabe der Leistungssache in Natur gerecht. Das alles spricht dafür, daß Gegenstand des Bereicherungsanspruchs mindestens auch die Leistungssache und nicht nur eine Vermögensdifferenz ist.
5. Bei zusammenfassender Betrachtung der Argumente gegen die Saldotheorie ergibt sich:
- a) Die dogmatische Begründung des Kommentars der Reichsgerichtsräte muß als erschüttert betrachtet werden. Die gegebene Begründung vermag sich weder dem Gesetz genügend anzupassen, noch wird sie zahlreichen Einzelfällen gerecht. Es bestehen auch Bedenken, von einem derart gewonnenen Begriff des Gegenstandes der Bereicherung so weitreichende Folgerungen abzuleiten. Faßt man die unbestrittene Eigenschaft des Gegenstandes der Bereicherung ins Auge, vor allem also den Umfang des Anspruchs, so ergibt sich folgendes Bild: Bei Erbringen der bereichernden Leistung fällt diese mit der Bereicherung dem Umfang nach in aller Regel zusammen. Alle folgenden Umstände können diesen Umfang verändern, sei es nach oben oder nach unten. Diese Entwicklungsfähigkeit eines Anspruchs, seine Variabilität, bietet der begrifflichen Einordnung gewisse Schwierigkeiten. Man kann für die Einordnung den Anfangspunkt oder aber auch den Endpunkt wählen; d.h. man kann mehr auf die Veränderlichkeit des Anspruchs oder aber mehr auf seine sachliche Bestimmtheit abstellen. Diese verschiedenen

Betrachtungsweisen, die zur Bestimmung des Gegenstandes der Bereicherung führen können, erinnern an die von Heck ⁸⁴⁾ sogenannten Formulierungsprobleme. Er hat überzeugend nachgewiesen, daß es stets mißlich ist, bei mehrseitigen Rechtsinstituten eine der mehreren Betrachtungsweisen zu verabsolutieren und daraus begriffsjuristische Schlüsse zu ziehen. Es muß im Gegensatz hierzu das Rechtsinstitut in seiner Zweiseitigkeit und Entwicklungsfähigkeit erkannt werden. Das heißt für den Gegenstand der Bereicherung: Man muß einerseits die gegenständliche Bestimmtheit des Anspruchs berücksichtigen wie auch die Veränderlichkeit des Anspruchs anerkennen.

Betrachtet man die Auseinandersetzung um den Gegenstand der Bereicherung unter diesen Voraussetzungen, so erscheint der Differenzbegriff der Bereicherung als ein reiner Hilfsbegriff. Er hat zu verhindern, daß der Bereicherte durch die Bereicherung geschädigt wird. Mehr darf man aber von ihm nicht verlangen. Man sollte sich davor hüten, den Differenzbegriff ähnlich wie den Begriff des Kausalzusammenhangs im Schadensersatzrecht zu sehr zu überlasten.

- b) In diesem Zusammenhang sind auch die Stimmen zu erwähnen, die sich gegen die allgemeine Natur der Regelung des § 818 III BGB richten ⁸⁵⁾. Sie sind der Ausdruck der Erkenntnis, daß im Bereicherungsrecht andere Abgrenzungen gefunden werden müssen. Vor allem bedarf die Rechtsnatur der verschiedenen Bereicherungsansprüche der Berücksichtigung ⁸⁶⁾. Von den Funktionen der Bereicherungsansprüche aus sind auch die Wegfallgründe neu zu bestimmen. An die Stelle einer naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise muß eine wertende treten. Die Fragestellung sollte nicht lauten "Liegt ein Wegfall der Bereicherung vor?" sondern "Kann der Wegfall der Bereicherung unter Berücksichtigung der Rechtsnatur des Bereicherungsanspruchs anerkannt werden?". Die Berücksichti-

84) a.a.O.S. 472 u. 410.

85) v.Tuhr Festgabe für Bekker 1907 S. 305/306; Wilburg S.141 ff; Siber S.445; v.Lübtow S.20; v. Caemmerer Rabelf. S.368 Note 137; Flume S. 148.

86) Ansätze hierzu in RGZ 63, 423 unten S. 162 und BGH in BB 52, 733 unten S. 165.

gung der Funktionen wird dabei in den Vordergrund zu treten haben.

Bei der Kritik an § 818 III BGB sollte man dem Gesetzgeber nicht vorwerfen, daß er die Wegfallgründe zu wenig geregelt habe. Denn die allgemeine Formulierung gibt die Möglichkeit, im Einklang mit dem Gesetz die neuen Abgrenzungen zu entwickeln. Flume⁸⁷⁾ hat ein Beispiel dafür gegeben, wie weit sich der Gesetzeswortlaut des § 818 III BGB auslegen läßt. Die Fassung des Gesetzes behindert den Auftrag der Motive⁸⁸⁾ daher nicht.

- c) Kann damit die dogmatische Begründung der Saldotheorie nicht mehr als überzeugend angesehen werden, so gilt gleiches doch nicht ohne weiteres für ihren materiellen Inhalt und für ihre praktischen Auswirkungen. Die Saldotheorie ist eine Entwicklung der Rechtsprechung. Trotz aller Angriffe hat das Reichsgericht an ihr auch festgehalten. Daraus läßt sich entnehmen, daß die Saldotheorie einem praktischen Bedürfnis entsprach. Man wird daher heute in keinem Fall mehr zur Zweikonditionentheorie, wie sie dem Gesetz entsprach, zurückkehren können; die Praxis ist über sie hinausgegangen und verlangt Berücksichtigung⁸⁹⁾.

Die wesentliche Aussage der Saldotheorie ist an die theoretische Einkleidung nicht gebunden. Um vielmehr zum eigentlichen Inhalt der Entscheidungen und damit zum Gehalt der Rechtsprechung vorzudringen, muß die dogmatische Einkleidung abgestreift werden. Was dann an Wirkung übrig bleibt, ist der Kern, der sich halten wird.

Das Wesentliche der Saldotheorie kann nicht darin gesehen werden, daß sie mit nur einem Bereicherungsanspruch einen fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrag abwickelt. Das ist lediglich die Folge des Aufbaus der Saldotheorie auf dem

87) a.a.O.S.148.

88) a.a.O.S.837/838 (vgl. auch Note 20 oben)

89) So v.Caemmerer, Rabelf. S.385; Larenz § 25 II 4 S. 231 bezeichnet dies als sinn- und sachgerechte Rechtsfortbildung durch richterliche Rechtsfindung. Gegen die weitergehende Annahme eines Gewohnheitsrechts Flume S.160 und Lehmann Nipperdeyf. S.36. - Zusammenstellung der Rechtsprechung im zweiten Teil der Arbeit.

Differenzbegriff der Bereicherung und gehört daher zur dogmatischen Einkleidung. Als Hauptwirkung muß vielmehr bezeichnet werden, daß bei Abwicklung nach Bereicherungsrecht die erbrachte Gegenleistung Berücksichtigung findet ⁹⁰⁾. Und zwar werden im Ergebnis die beiderseitigen Bereicherungsansprüche miteinander verknüpft und zugleich das Gegenleistungsrisiko dem Empfänger der Leistung auferlegt. Die Leistung kann nur zurückgefordert werden, wenn der Empfänger bereit und in der Lage ist, das Empfangene dagegen herauszugeben. Die Rückgewähr hat Zug um Zug zu erfolgen.

Sucht man nach ähnlichen Rechtsinstituten, so ergibt sich, daß die Wirkungen der Saldotheorie bezüglich Abhängigkeit und Gefahrverteilung denjenigen des gegenseitigen Vertrags in den §§ 320 ff BGB, insbes. § 323 BGB, ähneln. Dort stehen die Leistungen im gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis des "do ut des". Bis zum Gefahrübergang trägt der Leistende die Gefahr.

Bei der Rückabwicklung des gegenseitigen Vertrags mit der Saldotheorie ist ein Leistungsaustausch vorangegangen. Die Gefahr für die empfangene Leistung ist auf den Empfänger übergegangen und bleibt bei ihm. Die vom Bereicherten empfangene Leistung ist so in sein Vermögen eingegangen, daß die Rückgabe dieser Leistung wie eine neue selbständige Pflicht zu beurteilen ist. Er ist Rückleistungspflichtiger und trägt daher das Risiko; "Kann er nichts zurückgeben, so erhält er auch nichts zurück", wie man das Prinzip des § 323 BGB umschreiben könnte.

Daß die Rechtsprechung sich zu einer Bindung dieser Art im Ergebnis bekannt ⁹¹⁾ und damit das Gefahrtragungsprinzip des § 350 BGB aus dem Rücktrittsrecht (das auch cum grano salis dem einseitigen Bereicherungsanspruch zu Grunde liegt) abgelehnt hat, läßt die Behauptung wagen, daß der Grundsatz des

90) So richtig Larenz § 25 II b 4 S. 231 u. Lehmann, Nipperdey. S.36.

91) Trotz der gegenteiligen Beteuerungen etwa in RG SeuffA. 76 Nr.26 S.42 unten S.100; richtige Ansätze auch der Formulierung nach in OLG Ffm. JW 29, 791 unten S.125 u. OGHZ 1, 72 unten S. 110.

"do ut des" mehr unserer Verkehrsauffassung und unserem Billigkeitsgefühl entspricht, als der des § 350 BGB. Dafür sprechen nicht nur die Stimmen, die sich gegen § 350 BGB gewendet haben ⁹²⁾, sondern auch die Argumente der Billigkeit, die für das hier gebrauchte Einleitungsbeispiel als Musterfall stets von neuem betont wurden ⁹³⁾. Auch die Gegner der Saldotheorie haben eingeräumt, daß die Entscheidung des Einleitungsfalls, wie sie die Saldotheorie findet, nicht als unbillig bezeichnet werden kann ⁹⁴⁾. Der Nachweis für die behaupteten Wirkungen der Saldotheorie in der Rechtsprechung im einzelnen wird im zweiten Teil der Arbeit zu führen sein.

V. Neuere Entwicklung.

1. Die anerkannten, in der Rechtsprechung bestätigten Auswirkungen der Saldotheorie bedürfen einer neuen dogmatischen Grundlage. Die Zweikondiktionentheorie kann diese Aufgabe nicht erfüllen, da ihr eine gegenseitige Verknüpfung der Bereicherungsansprüche fremd ist. Wilburg ⁹⁵⁾ hat vorgeschlagen, das Problem des Umfangs und damit des Wegfalls der Bereicherung mit der "Haftung für Veranlassung" und dem Ersatz des negativen Interesses zu lösen. Je nach dem, ob der Empfänger die Fehlleistung veranlaßt, d.h. durch objektive Verkehrswidrigkeit verursacht hat, trägt er das Risiko für die empfangene Leistung oder nicht. Wilburg hat sich mit seinen Vorschlägen für den einseitigen Bereicherungsanspruch, wie sie ähnlich schon v.Tuhr gemacht hat ⁹⁶⁾, nicht durchgesetzt.

92) So vor allem Schwenn AcP 152, 148, der die Saldotheorie als einen Anwendungsfall des Prinzips des § 323 BGB ausdrücklich anerkennt; vgl. ferner oben Note 67. Neuerdings auch A.Blomeyer S. 544, andererseits aber S. 536 f.

93) Weintraud S. 101 ff, Baer S. 283.

94) Preisler S. 35 u. vor allem auch Flume S. 161.

95) a.a.O. S. 138 ff, zur Saldotheorie S. 156 ff; auch in Klang-Wilburg Komm. zum ABGB 6. Band S. 485.

96) in Festgabe für Bekker 1907 S. 314 ff, 320; Anhänger des Veranlassungsgedankens sind zum Teil Siber S. 445 und auch Raape AcP 152, 462.

Die Haftung für Veranlassung läßt sich mit dem Wortlaut des Gesetzes kaum vereinbaren ⁹⁷⁾. Denn die der österreichischen Irrtumslehre nachgebildete Haftung nähert sich im Ergebnis der Verschuldenshaftung. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß manche Fälle der Bereicherungshaftung mit dem Ersatz des negativen Interesses befriedigend gelöst werden konnten ⁹⁸⁾.

Dies gilt aber nur für einseitige Bereicherungsansprüche. Wilburg hat sich mit der Saldotheorie nicht eingehender auseinandergesetzt. Seine Bestimmung der Wegfallgründe wird der Rückabwicklung eines gegenseitigen Leistungsaustausches nicht gerecht. Denn sie geht vom Gegenstand der Bereicherung und dem Maß des Bereicherungsanspruches aus, anstatt von der Aufgabe der Rückabwicklung. Eine Verknüpfung der gegenseitigen Bereicherungsansprüche wie sie als wesentlicher und anzuerkennender Kern der Rechtsprechung zur Saldotheorie gefunden wurde, kann damit nicht begründet werden.

Die jüngste Zeit hat verschiedene Arbeiten und Stellungnahmen zum Bereicherungsrecht gebracht, die auch auf das Problem der Saldotheorie eingehen ⁹⁹⁾. Sie gehen von teilweise ganz verschiedenen Voraussetzungen aus und kommen doch zu in der Sache vielfach übereinstimmenden Ergebnissen. In ihnen wird auch eine neue dogmatische Grundlage sichtbar, die die Berücksichtigung der Gegenleistung beim Leistungsaustausch auf Grund nichtigen Vertrags befriedigend zu erklären vermag.

2. Flume geht in seinem Beitrag zur Niedermeyerfestschrift "Der Wegfall der Bereicherung" von dem allgemeinen Problem des § 818 III BGB aus ¹⁰⁰⁾. Die Anrechnung der Gegenleistung beim

97) So Flume S.151; ferner hat, worauf Rabel S. 426 hingewiesen hat, das BGB eine solche Unterscheidung in § 818 BGB einerseits u. § 819 BGB andererseits bereits getroffen.

98) RGJW 18, 192 unten S. 151; RGZ 72, 101; RGZ 118, 185 unten S. 160. In RGZ 170, 65 beruft sich das RG sogar ausdrücklich auf den Rechtsgedanken des § 122 BGB.

99) v. Caemmerer Rabels Z 12 (1938/39), 704 f; in Festschrift für Rabel, S. 333 ff, 384 ff; Larenz Schuldrecht I, § 25, II S. 228 ff. Flume in Festschrift für Niedermeyer S. 103 ff, 148 ff; Lehmann in Nipperdeyf. S. 31 ff; ferner A.Blomeyer AcP 154, 527 ff, 534 ff (erschienen nach Einreichung der Arbeit).

100) Stellung hierzu haben genommen: Enneccerus-Lehmann § 227 III 7 S. 885 zustimmend für den nichtigen gegenseitigen Vertrag; Lehmann auch in Nipperdeyf. S.31 ff; A.Blomeyer, AcP. 154, 527 ff, 534 ff (erschienen nach Einreichung der Arbeit).

nichtigen Vertrag ist für ihn nur ein Teilproblem. Er will die Vorschrift des § 818 III BGB, die den uferlosen Wegfall der Bereicherung zuläßt, eindämmen und damit auch die Frage der Berücksichtigung der Gegenleistung auf eine neue Grundlage stellen. Die Saldotheorie lehnt Flume mit den bereits erörterten Argumenten, vor allem auch der Ungeeignetheit des Kausalzusammenhangs ab, ohne diese Ablehnung auch auf die Ergebnisse der Saldotheorie im allgemeinen auszudehnen. Daneben weist er vor allem darauf hin, daß es unerträglich sei, daß die Saldotheorie erst bei Austausch beider Leistungen, nicht schon bei einer erbrachten Leistung, Anwendung finde. Da Flumes Terminologie und auch seine Abgrenzungen vom Hergebrachten abweichen, bedarf es einer ausführlicheren Darstellung.

Flume geht von der Entwicklung des Bereicherungsanspruchs im römischen Recht aus. Nach der gegenständlichen Bestimmtheit im klassischen römischen Recht, bei der der Wegfall sich nach dem konkreten Schicksal der Sache richtete, ist die Entwicklung immer mehr in Richtung auf den abstrakten Begriff der Bereicherung vorgeschritten. Schon im 19. Jahrhundert hat das Vermögen des Bereicherungsempfängers in seiner Gesamtheit die Grundlage für die Prüfung gebildet, ob überhaupt eine Bereicherung vorliegt. Dieser abstrakte Bereicherungsbegriff der gleitenden Bereicherung hat sich von dem Schicksal der Einzelsache sehr weit entfernt. Die abstrakte Vermögensrechnung, oder technisch gesprochen, die Gesamtdifferenzhypothese stellt daher neue Anforderungen an die Abgrenzung der zulässigen Wegfallgründe. Denn das Schicksal der Einzelsache kann nicht mehr Anhaltspunkt sein.

Daraus zieht Flume die Konsequenz. Wenn nicht mehr das Schicksal der Einzelsache zur Abgrenzung dienen kann, muß das Vermögen als Ganzes ins Auge gefaßt werden. Hierbei bietet sich eine Unterscheidung der Verminderungsgründe an, die der Personenbezogenheit der Bereicherung gerecht wird ¹⁰¹⁾: "Was der Vermögensinhaber an vermögensmäßigen Entscheidungen in

101) a.a.O.S.152 und 165. Zum Begriff der vermögensmäßigen Entscheidung vgl. jetzt auch A.Blomeyer, S. 541.

eigenem Interesse trifft, muß ihm und nicht dem Kondiktionsgläubiger zugerechnet werden". Das gilt sowohl für die Vorteile (wie schon bisher immer) als auch für die Nachteile. Demgegenüber stehen die Vermögensminderungen, die dem Objekt des Vermögenszugangs selbst zuzuschreiben sind. Durch sie wird das Vermögen in zu beachtender Weise vermindert; nur sie "hängen mit dem Vermögenszugang zusammen" und bilden daher den zulässigen Inhalt des § 818 III BGB.

Absetzbar von der Bereicherung sind demnach nur die durch das Objekt der Bereicherung hervorgerufenen Vermögensminderungen; nur sie fallen unter § 818 III BGB, nicht aber die vermögensmäßigen Entscheidungen des Vermögensherrn¹⁰²⁾.

Damit wird der Kausalbegriff, sei es in der Form des adäquaten Kausalzusammenhangs oder in der des wirtschaftlichen Zusammenhangs, überwunden. Denn Kausalität genügt nun allein nicht mehr. Das Verhalten des Vermögensherrn läßt trotz Bestehens eines Kausalzusammenhangs einen Wegfall der Bereicherung nicht eintreten. Nur die Vermögensminderungen, die das Objekt der Bereicherung allein hervorgerufen hat, können berücksichtigt werden.

Die Begründung findet Flume darin, daß es eine Spekulation auf Kosten des Bereicherungsgläubigers darstellen würde, wenn dieser auch für die vermögensmäßigen Entscheidungen des Bereicherungsschuldners die Gefahr tragen müßte; und der Bereicherungsschuldner würde gegen das Verbot des "venire contra factum proprium" verstoßen, wenn er sich seine vermögensmäßigen Entscheidungen nicht zurechnen lassen wollte.

Die Auswirkungen dieser - sowohl in der Terminologie als auch in der Betrachtungsweise - neuen Theorie sind, soweit zu übersehen, etwa folgende:

Beim einseitigen Bereicherungsanspruch gelten als durch den Vermögenszugang allein verursacht z.B. Zölle, Frachten oder auch bezahlte Steuern. Richtet dagegen der gekaufte Hund einen Schaden an, indem er den Teppich zerbeißt, so hängt dieser Schaden allein mit der vermögensmäßigen Entscheidung des Käufers zusammen, einen Hund zu halten. Er muß diesen Schaden daher auch selbst tragen und kann ihn nicht von der

102) Flume S.152, 154/155.

Bereicherung absetzen. Für den Untergang der empfangenen Leistung gilt die gleiche Unterscheidung, nämlich ob der Empfänger bei dem beeinträchtigenden Ereignis mitgewirkt hat oder ob der konkrete Gegenstand der Bereicherung unmittelbar durch Ereignisse betroffen wird, ohne daß der Empfänger mitgewirkt hat ¹⁰³⁾. Nur letztere führen zum Wegfall der Bereicherung.

Für die Auswirkungen bei der Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge geht Flume noch einen Schritt weiter. Er bezeichnet selbst diese Betrachtung als von einem anderen Punkt aus vorgenommen ¹⁰⁴⁾. Bei dem Empfang einer Leistung aus gegenseitigem Vertrag komme es entscheidend darauf an, ob sie als Äquivalent für eine eigene Leistung erbracht werde, oder ob der Empfang nicht im Kontakt mit der Vereinbarung einer solchen Gegenleistung stehe. Diese Unterscheidung ist für das Folgende grundlegend. Zur Gruppe des fehlenden Kontakts mit der Vereinbarung eines eigenen Vermögensopfers und daher überhaupt ohne Kontakt zu dem eigenen Vermögen zählt Flume Erbschaftserlangung durch nichtiges Testament, irrtümliche Auszahlung eines Loggewinns, irrtümlich berechnete Gehälter von Beamten ¹⁰⁵⁾. Da es hier am Kontakt mit dem eigenen Vermögen fehlt, ist das Zugeflossene noch scheidbar und fängt somit sämtliche Minderungen auf. Mit anderen Worten läßt Flume für diese Gruppe den Wegfall der Bereicherung in dem vollen von der Rechtsprechung erarbeiteten Umfang zu. Das etwa auch hier mitspielende Verhalten des Leistungsempfängers sei um dessentwillen nicht zu berücksichtigen, weil der Empfänger durch den Erwerb sine causa dazu bestimmt worden sei.

Dem stehen die Fälle des nichtigen echten gegenseitigen Vertrags gegenüber, bei denen "ein Kontakt zum eigenen Vermögen vermittelt durch die vereinbarte Gegenleistung besteht". Hierfür macht Flume folgende Überlegung geltend:

103) a.a.O. S. 159

104) a.a.O. S. 157.

105) a.a.O. S. 157/158, also genau das, was sich unter der Gruppe fehlendes Synallagma zusammenfassen läßt. Der Ausdruck Synallagma fällt bei Flume nicht. Es besteht aber kein Zweifel, daß sachlich gleiches gemeint ist; vgl. unten S. 58.

Wenn jemand mit seinem Willen einen gegenseitigen Vertrag schließt, so fällt er damit auch bei einem nichtigen Vertrag die vermögensmäßige Entscheidung, daß er statt des Vermögenswertes seiner Gegenleistung die ihm zu erbringende Leistung haben will. Die Konsequenzen dieser Entscheidung muß er daher auch selbst tragen ¹⁰⁶⁾. Der Käufer einer Sache übernimmt das Gekaufte in sein Vermögen und muß daher hierfür die volle Gefahr tragen wie für sein übriges Vermögen auch. An der Wirklichkeit des Entschlusses und damit des Gefahrübergangs vermag die Nichtigkeit des Vertrags nichts zu ändern. Jeder trägt beim gegenseitigen Vertrag das Risiko, das ihm nach seiner vermögensmäßigen Entscheidung zukommt. Ein Verlust des Empfangenen führt daher niemals zu einer Minderung der Bereicherung unter den Wert der willentlich vereinbarten Gegenleistung. Denn insoweit fehle es am Zusammenhang zwischen dem Wegfall der Sache und der Nichtigkeit des Vertrags. Der Eintritt dieser Folge ist nicht an den vollzogenen Austausch beider Leistungen geknüpft; es genügt vielmehr die wenn auch nichtige aber "wirkliche" Vereinbarung. Diese sei trotz ihrer Nichtigkeit so stark, daß, wenn erst eine der Leistungen erbracht und beim Empfänger untergegangen sei, dieser trotz des Wegfalls zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet sei ¹⁰⁷⁾. Daß dies bei der Saldotheorie des Reichsgerichts nicht so ist, ist für Flume ein Grund mehr, die Saldotheorie abzulehnen.

Die Auswirkungen beim nichtigen gegenseitigen Vertrag sind also folgende: Flume geht von zwei Bereicherungsansprüchen zur Abwicklung aus ¹⁰⁸⁾. Die Vereinbarung der Gegenleistung hat die Wirkung, die Gleichwertigkeit der Ansprüche zu fixieren, Das Empfangene kann sich nie unter den Wert der

106) a.a.O.S.165. Der Empfänger ist durch die Sache bereichert, gleich, was mit der Sache geschieht; das Erworbene verschwindet aus dem Gesichtskreis der Bereicherung und wird von dem versprochenen Kaufpreis "ersetzt", so A. Blomeyer, S. 540.

107) a.a.O. S.167; so wenigstens muß Flume verstanden werden. Wie der Anspruch auf die Gegenleistung zu begründen ist, bleibt ungeklärt; hierzu unten S. 59/60.

108) Wie A. Blomeyer S. 539 sagt, ist nunmehr Zweikondiktionen-theorie unter Fortfall des § 818 III BGB anzuwenden. Vgl. auch zum folgenden Blomeyer S. 540 ff.

vereinbarten Gegenleistung vermindern, insoweit liegt ein Wegfall der Bereicherung nicht vor ¹⁰⁹⁾. Ein ungünstiger Weiterverkauf oder sonstige Minderungen sind also nicht zu beachten. Gleiches gilt für den Untergang der Sache. Wie allerdings dann noch von Bereicherung gesprochen werden kann oder was ihr Gegenstand sein soll, sagt Flume nicht, wie er auch nicht näher auf die Frage der Abwicklung eingeht ¹¹⁰⁾. Eine Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche tritt durch die Fixierung der Gleichwertigkeit im nichtigen Vertrag ein. Mehr führt Flume dazu nicht aus. Er zieht lediglich aus dem Erfordernis der vermögensmäßigen Entscheidung in Form der Vereinbarung der Gegenleistung einige Konsequenzen. Für solche Verträge, bei denen auch die vermögensmäßige Entscheidung von Willensmängeln betroffen wird, etwa bei arglistiger Täuschung, widerrechtlicher Drohung und bei einigen Fällen des Irrtums, findet eine Bindung daher nicht statt. Gleiches nimmt Flume auch für den Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen an, da diese Personen eine vermögensmäßige Entscheidung nicht fällen können. Damit vermeidet er die den Schutz der Geisteskranken aushöhlenden Folgen der Saldotheorie.

3. Demgegenüber gehen die anderen Autoren ¹¹¹⁾ von der Saldotheorie und ihren Ergebnissen zwar aus, bleiben aber nicht bei ihrer Begründung mit dem Begriff der Bereicherung stehen. Die Funktion der Abwicklung des fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages tritt in den Vordergrund.

Larenz ¹¹²⁾ etwa sagt, es seien nicht nur isolierte Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen, sondern der nicht rechtsbeständige Vertrag sei abzuwickeln. Trotz Rechtsgrundlosigkeit seien die beiderseitigen Leistungen auch weiterhin als durch den Austauschzweck verknüpft anzusehen.

109) Deutlicher würde man sagen: Insoweit wird der Wegfall der Bereicherung nicht anerkannt.

110) Vgl. die Erklärung A. Blomeyers oben Note 106.

111) Vgl. oben Note 98; insbesondere v. Caemmerer, RabelZ 12, 704 f u. RabelF.S.384 f; Larenz, Schuldrecht I, § 25, II S. 231. A.Blomeyer, AcP 154, 534 ff, der weitgehend v.Caemmerer folgt (erschienen nach Einreichung der Arbeit).

112) a.a.O. S.231 und Note 2 ebenda.

v. Cammerer¹¹³⁾ sieht die Berechtigung, die Abwicklungsansprüche zu verknüpfen, nicht in einem abstrakten Prinzip der Bereicherung, sondern er geht von der Funktion der Bereicherungsansprüche bei der Abwicklung aus. Grundlage der Betrachtung ist der gegenseitig erfüllte Vertrag. Auch wenn er von der Rechtsordnung als nichtig bezeichnet werde, müsse doch anerkannt werden, daß er faktisch durchgeführt wurde. Die Parteien des Vertrags stünden sich nicht mehr als beliebige Dritte gegenüber. Sie hätten ihre Leistungen als gegenseitige gewollt und auch bewirkt. Diese synallagmatische Bindung müsse auch bei der Rückabwicklung berücksichtigt werden. Deshalb könne dem Vertragspartner nicht erlaubt werden, seine eigene Leistung zurückzuverlangen, wenn er selbst das Empfangene wegen Wegfalls der Bereicherung nicht mehr herausgeben kann. "Man kann die Entlastung durch Wegfall der Bereicherung bejahen und es gleichwohl für anstößig erklären, wenn ein Vertragsteil sich für das Empfangene darauf beruft, gleichzeitig die eigene Leistung aber voll zurückverlangt"¹¹⁴⁾.

Damit ist für die Saldotheorie eine neue Begründung entworfen. Es wird zu prüfen sein, ob diese Erklärung nicht eine neue Betrachtung des Problems überhaupt zuläßt, die sich von dem unnützen technischen Ballast der Saldotheorie befreien kann.

4. Vergleicht man die beiden Lösungsvorschläge von Flume und von v. Caemmerer, scheinen sie zunächst recht wenig gemeinsam zu haben. Das rührt vor allem davon her, daß Flume eine neue Terminologie entwickelt hat. Versucht man aber diese terminologischen Hindernisse zu überwinden, so ergeben sich mehr als eine Parallele.

Flume hat sich in seiner Auseinandersetzung mit der Saldotheorie über die bisherigen Ergebnisse und Formen kühn hinweggesetzt. Er konnte dadurch von einer anderen Seite zu neuen Ergebnissen vorstoßen. Der Schwerpunkt seiner Ausführungen dürfte allerdings nicht bei einer neuen generellen

113) a.a.O. (Note 111), bes. Rabelf. S. 385 ff.

114) Rabelf. S. 386.

Abgrenzung der Minderungsgründe des § 818 III BGB liegen. Dem Ausgangspunkt für seine Untersuchung, nämlich der Personenbezogenheit der Bereicherung oder mit anderen Worten dem völlig abstrakten Wertanspruch auf die Vermögensdifferenz, stehen die gleichen Bedenken entgegen, wie sie der theoretischen Begründung Schefflers bereits entgegengehalten wurden. Der Differenzbegriff ist ein Hilfsbegriff, auf den sich dogmatische Folgerungen von dieser Tragweite nicht stützen lassen. Die von Flume vorgeschlagene Abgrenzung zwischen den Minderungen, die der vermögensmäßigen Entscheidung des Vermögensherrn oder die allein dem Vermögenszugang zuzurechnen sind, erscheint zumindest in dieser Form auch nicht praktikabel. Flume sieht z.B. den Schaden, den ein gekaufter Hund anrichtet, nicht als bereicherungsmindernd an; Zölle und Steuern aber seien allein durch den Vermögenszugang veranlaßt und daher als Wegfallgrund zu berücksichtigen¹¹⁵⁾. Wie wäre aber dann die Hundesteuer zu beurteilen? Resultiert sie nicht auch aus der Entscheidung des Vermögensherrn, einen Hund zu halten? Muß das nicht auch für Vermögenssteuern gelten, die ich für einen erworbenen Gegenstand zahlen muß? Oder wenn ein Vertrag abgeschlossen wird, durch den mir Schulden abgenommen werden, dann liegt doch darin auch mit die vermögensmäßige Entscheidung, die entsprechend erhöhten Steuern zu tragen. Diese Beispiele ließen sich für die umstrittenen Fragen - wie etwa die Impensen - noch vermehren. Eine neue praktisch brauchbare Unterscheidung der Minderungsgründe für den Bereicherungsanspruch dürfte aber auch deshalb nicht vorliegen, weil die Gedankenführung Flumes hauptsächlich auf die Problematik des gegenseitigen nichtigen

115) a.a.O. S.155/156 u. Note 121; dort wird ausdrücklich auf RGZ 170, 65 Bezug genommen. Ein Bruder hatte die Schulden des anderen mit übernommen. Der Entlastete machte nach Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags bei der Rückforderung der Bereicherung als Minderungsposten geltend: Er habe in der Zwischenzeit mehr Einkommensteuer bezahlen müssen. Insoweit sei die Bereicherung weggefallen. Das würde vom Reichsgericht anerkannt; aus anderen Gründen (§ 819 BGB) kam es aber nicht zum Abzug.

Vertrags zugeschnitten ist ¹¹⁶⁾. Für die Probleme beim nichtigen gegenseitigen Vertrag dagegen haben Flumes Ausführungen besondere Bedeutung. Was er die vermögensmäßige Entscheidung zum Abschluß des Vertrags und zur Hingabe der Gegenleistung nennt, ist der Sache nach nichts anderes, als was v. Caemmerer mit der Bindung durch das faktisch durchgeführte Vertragsverhältnis meint. Beiden gemeinsam ist somit die Erkenntnis, daß ausschlaggebend für die Art der Abwicklung der fehlgeschlagene Vertrag sein muß. Diese ist trotz des Nichtigkeitsurteils der Rechtsordnung nicht unbeachtlich. Dabei sieht Flume das Wesentliche allein in der Willenseinigung oder Willensbindung im nichtigen Vertrag ¹¹⁷⁾, was der Personenbezogenheit seines Bereicherungsbegriffs entspricht. v. Caemmerer dagegen geht mehr vom objektiven Tatbestand des Austauschs der Leistungen aus ¹¹⁸⁾. Dieser Unterschied wird bei der Frage des nur von einer Seite erfüllten gegenseitigen nichtigen Vertrags noch bedeutsam werden.

Auch für die Rechtsfolgen, die aus der trotz der Unwirksamkeit des Vertrags beachtlichen Willenseinigung bzw. dem faktisch durchgeführten Vertrag abgeleitet werden, bestehen keine zu großen Unterschiede. Flume ¹¹⁹⁾ stellt ausdrücklich fest, daß die Vereinbarung der Gegenleistung die volle Gefahrübernahme für die Leistung des Gegners im Gefolge habe. Diese Übernahme der Gefahr ist die logische Folge der vermögensmäßigen Entscheidung, die Sache haben zu wollen. Flume bringt die Gefahrübernahme dadurch zum Ausdruck, daß er eine

116) a.a.O.S.158 bleibt es für die Bereicherungsansprüche aus Verträgen, die keine synallagmatische Bindung enthalten, bei den bisherigen Ergebnissen von Theorie und Praxis; die Abwicklung des gegenseitigen Vertrags steht also im Vordergrund. Daher kann auch Enneccerus-Lehmann Flumes Vorschläge nur als solche für den nichtigen gegenseitigen Vertrag bezeichnen, Schuldrecht § 227 III, 7 S. 885.

117) a.a.O.S.173 "Diese willentlich vermögensmäßige Entscheidung ist Wirklichkeit, auch wenn die Rechtsordnung den Vertrag als nichtig behandelt". Vgl. auch a.a.O. S. 175. Hierzu A.Blomeyer S. 541.

118) Rabelf. S. 386 "faktisch durchgeführtes Vertragsverhältnis"; dazu A. Blomeyer, S. 535.

119) a.a.O.S.175; es ist dann allerdings nicht konsequent, daß Flume S.162 die Saldotheorie deshalb kritisiert, weil sie in die bestehenden Gefahrverteilungsnormen eingreife. Das ist gerade einer ihrer Hauptzwecke und auch Flume spricht seiner Theorie diese Aufgabe zu. Zustimmend A.Blomeyer S. 535.

Minderung der durch die Leistung eingetretenen Bereicherung unter den Wert der vereinbarten Gegenleistung nicht zuläßt. Damit ist aber zugleich eine Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche bejaht. Denn wenn eine Verminderung der Bereicherung nicht zugelassen wird, so muß die Rückabwicklung durch Rücktausch der vollen Leistungen erfolgen. Ob Flume stets diesen vollen Rücktausch als erforderlich ansieht, oder ob verminderte Leistungen durch Geldersatz vom Empfänger ausgeglichen werden können, wird nicht ausgeführt. Jedenfalls aber ist durch die Fixierung beider Leistungen die Verknüpfung der beiden selbständigen Bereicherungsansprüche im Ergebnis erreicht. Der Empfänger der Leistung trägt für diesen Empfang das Gegenleistungsrisiko bei der Abwicklung; insofern stimmt das Ergebnis mit demjenigen der Saldotheorie überein. Wie weit allerdings die Ansicht Flumes, daß die Bereicherung nicht unter den Wert der vereinbarten Gegenleistung sinken könne, außerhalb der Rückabwicklung des Vertrags anerkannt werden kann, bleibe vorläufig dahingestellt.

Auch v. Caemmerer ¹²⁰⁾ läßt den Anspruch auf Rückgabe der eigenen Leistung nur gegen Rückgabe der empfangenen Sache zu. Durch die Abwicklung des fehlgeschlagenen Vertrages in nur einem Bereicherungsanspruch werden die Abwicklungsansprüche miteinander verknüpft. Die Wirkung der Saldotheorie, dem Empfänger der Leistung das Gegenleistungsrisiko für die Rückabwicklung aufzuerlegen, wird gebilligt und der Regelung des Rücktritts gegenübergestellt.

Beide Autoren stimmen damit mit dem überein, was aus den zahlreichen Entscheidungen der höchstichterlichen Rechtsprechung als wesentlicher Kern der Saldotheorie herausgearbeitet wurde ¹²¹⁾: Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Abwicklung des fehlgeschlagenen Vertrags und Übergang des Gegenleistungsrisikos auf den Empfänger der Leistung.

5. Stimmen so die Ergebnisse weitgehend überein und zeigt auch die Begründung viele Gemeinsamkeiten, so ist doch auf die

120) Rabelf. S. 387.

121) Unten im zweiten Teil der Arbeit zusammengestellt; formuliert oben S. 21/22.

Unterschiede genauer einzugehen. Insbesondere bedarf das Rechtsinstitut des faktischen Vertrages einer näheren Untersuchung.

- a) Die Ansicht, daß auch der nichtige Vertrag oder besser das darauf gestützte Verhalten trotz dieser Nichtigkeit gewisse Rechtswirkungen erzeugen kann, daß der nichtige Vertrag also zwar unwirksam aber nicht inexistent ist, hat sich immer mehr durchgesetzt ¹²²⁾. Das Aktienrecht hat eine faktisch bestehende Gesellschaft in bestimmten Grenzen anerkannt. Die Handlungen der Rechtsgenossen im Vertrauen auf eine vorhanden geglaubte wirksame rechtliche Grundlage können von der Rechtsordnung nicht ohne weiteres negiert werden. Die Lehre und ihr folgend die Rechtsprechung gingen im wesentlichen von der faktischen Gesellschaft im Aktienrecht aus und übertrugen die Gedanken auf alle anderen Gesellschaftsformen ¹²³⁾.

Haupt ¹²⁴⁾ hat in seiner viel beachteten Antrittsvorlesung "Über faktische Vertragsverhältnisse" im Anschluß an Siebert die Grundgedanken herausgearbeitet und versucht, sie auch auf andere als Gesellschaftsverhältnisse anwendbar zu machen. Er ging dabei davon aus, daß der Vertrag als Willenseinigung nicht mehr allen Anforderungen des heutigen Rechtslebens gerecht werde. Die tatsächlichen Vorgänge müßten demgegenüber auch Berücksichtigung finden. Er wandte sich dagegen, den Vertragsbegriff dadurch zu überspannen, daß man mittels Fiktionen und "Auslegung" zum gewünschten Ergebnis komme. Der Begriff des Vertrags dürfe nicht ausgehöhlt werden; man solle vielmehr den Mut haben, an die faktischen Vorgänge anzuknüpfen und ihnen bestimmte Rechtsfolgen zuzuordnen. Als Beispiel dient Haupt das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo. Die Aufnahme von Vertragsbeziehungen hebe die Parteien aus dem farblosen Nebeneinander der Rechtsgenossen heraus und mache sie zu Partnern. Damit sei eine Rechtsbeziehung Wirklichkeit

122) Vgl. hierzu etwa die Entwicklung der Lehre von den Doppelwirkungen im Recht, Enneccerus-Nipperdey § 203 III 7 S.879 u. Note 27 mit Literatur.

123) Statt aller vgl. Hueck S. 49 ff.

124) In Festschrift für Siber 1941. Grundlegend bereits Siebert in Festschrift für Hedemann 1938. Zum Folgenden vgl. auch Stoll in LZ 1923, Sp. 532 ff. Seine Gedanken tragen über die culpa in contrahendo weit hinaus.

geworden, die mindestens zum Teil den Regeln des Vertrags folgen müsse. Die Wirkungen des faktischen Verhältnisses richten sich dabei nach den Einzelumständen; die Intensität des wirksamen Vertrags erreichen sie nicht ¹²⁵⁾.

Haupts Ansicht hat sich, abgesehen vom Gesellschaftsrecht, in der Rechtsprechung noch nicht durchgesetzt ¹²⁶⁾. Auch in der Literatur fehlt es nicht an ablehnenden Stimmen ¹²⁷⁾.

Trotzdem ist dem Grundgedanken beizupflichten. Eine Beschränkung auf das Gesellschaftsrecht würde der breiten Grundlage dieses Rechtsinstituts nicht entsprechen. Es wird vielmehr nur erforderlich sein, die Tatbestände, an die eine Anknüpfung erfolgen soll, genügend scharf herauszuarbeiten ¹²⁸⁾.

Geht man behutsam dabei vor, so lassen sich auch die Bedenken überwinden, daß die Anerkennung faktischer Bindungen die Monopolstellung der Willenseinigung erschüttern könnte. Diese bleibt Hauptanknüpfungspunkt der vertraglichen Folgen und auch die Grundmaxime der Vertragsfreiheit (hier Freiheit sich nicht zu binden) wird nicht ungebührlich eingeschränkt.

Für das Teilproblem der culpa in contrahendo hat Ballerstedt ¹²⁹⁾ neuerdings eine Ergänzung angeregt, die sich auch für andere faktische Verhältnisse verwerten läßt. Grundlage der culpa in contrahendo sei "die Verpflichtung durch Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens". Darin kommt das Element des Vertrauens deutlicher als beim sozialen Kontakt Haupts zum Vorschein. Das Vertrauen muß sich nach Ballerstedt auf ein Verhalten des Gegners stützen, das nach den Grundsätzen der Redlichkeit und nach seiner sozialen Erscheinungsform geeignet ist, Vertrauen zu erwecken. Auf der

125) a.a.O.S.11 ff.Es soll dabei nicht übersehen werden,welche Bedeutung der Ausschluß des § 831 BGB bzw. die Anwendung des § 278 BGB auf diese Verhältnisse hatte. Die culpa in contrahendo ist aber mehr als nur die Beiseiteschiebung und Neutralisierung des § 831 BGB.

126) Wesenberg, DRiZ 1953, 19; zur faktischen Gesellschaft BGH in MDR 1952, 285 m.Anm.Siebert.

127) H.Lehmann,IhreringsJb.90 (NF 54), S. 131 ff.Wolff (Rechtsanwalt) MDR 1952, 535 - Wesenberg DRiZ 1953, 19.

128) Wieacker ZAkDR 1943, 33 ff.bes. S. 34.

129) AcP 151, 501 ff.

anderen Seite muß diesem Verhalten auch Vertrauen gewährt sein¹³⁰⁾.

Damit werden die Rechtsfolgen an einen objektiven Tatbestand angeknüpft, denen sich aus Gründen der Rechtssicherheit der individuelle Wille unterordnen muß.

- b) Die Übertragung dieser Gesichtspunkte auf das Problem des nichtigen gegenseitigen Vertrages ergibt folgendes:
Die Parteien wollten sich durch einen Vertrag binden. Im Vertrauen auf diesen Vertrag haben sie ihre Leistungen ausgetauscht. Der Austausch geschah im Glauben an die gegenseitige Bindung der Ansprüche durch den Vertrag. Jede Partei gab ihre Leistung hin, um auch die Gegenleistung zu erhalten. Die Leistungen standen im Synallagma.
Der gegenseitige Kontakt ist damit wesentlich enger als bei der Anbahnung von Vertragsverhandlungen. Durch Hingabe und Empfang der Leistung haben die Parteien sich gegenseitig Vertrauen gewährt und auch Vertrauen in Anspruch genommen. Fällt nun der Vertrag weg bzw. stellt sich seine Unwirksamkeit heraus, so bleiben doch diese Beziehungen erhalten. Trotz Fortfalls des Vertrags bleibt eine Bindung zurück, die aus der Willenseinigung und dem gegenseitigen Kontakt durch Austausch der Leistungen resultiert. Genau so wie beim nicht zustande gekommenen Vertrag müssen erst recht für den durchgeführten Vertrag Sorgfalts- und Unterlassungspflichten, wie sie die Lehre von der culpa in contrahendo entwickelt hat, bejaht werden. Die Bindung geht darüber aber noch hinaus. Sie wird durch die vom Gesetz gegebenen Bereicherungsansprüche nicht erschöpft. Sie enthält mehr und ist daher imstande, auf die Bereicherungsansprüche einzuwirken. Denn der Bereicherungsanspruch geht an sich nur von einer einzelnen rückabzuwickelnden Leistung aus. Für gegenseitige Bereicherungsansprüche hat der Gesetzgeber Vorschriften nicht ausdrücklich gegeben. Daher besteht hier das Bedürfnis und ist auch die Möglichkeit für eine entsprechende Fortentwicklung

130) Die Parallelen zum Institut des Rechtsscheins etwa in Form der Anscheinsvollmacht sind nicht zu übersehen; ein Beweis mehr für die Allgemeingültigkeit des Gedankens.

des Bereicherungsrechts gegeben, die diese gegenseitige Bindung berücksichtigt ¹³¹⁾.

- c) Gegenüber diesen umfassenden Voraussetzungen für den Eintritt einer gegenseitigen Bindung erscheint die von Flume zugrunde gelegte vermögensmäßige Entscheidung, also lediglich die Willenseinigung im nichtigen Vertrag, nur als ein Teilstück. Das Tatbestandselement der gegenseitigen Einigung ist zwar sicher erforderlich. Es dürfte aber allein nicht ausreichen. Denn die gegenseitige Bindung wird erst durch die Gewährung von Vertrauen auf den Vertrag, also durch dessen "Bestätigung" in Form der Erbringung der Leistung hergestellt. Anders wäre auch das Gebot der Rechtsordnung, den Vertrag als unwirksam zu betrachten, verletzt. Denn wenn trotz der Nichtigkeit des Vertrags Rechtsfolgen eintreten sollen, dann nur, weil über die Willenseinigung hinausgehend tatsächlich Bindungen verwirklicht wurden. Die Frage wird praktisch bei den nur von einer Seite erfüllten nichtigen gegenseitigen Verträgen. Auf diese Frage wird noch ausführlicher einzugehen sein.

VI. Die Bindung durch faktisches Synallagma.

1. Als Tatbestandsmerkmal für das Entstehen der faktischen Bindung zwischen den Parteien wurde der Austausch der Leistungen im Vertrauen auf einen Vertrag festgestellt. Der Inhalt dieser faktischen Bindung ist nun näher zu bestimmen. Dabei

131) A.Blomeyer, S.535 spricht von einer rechtspolitischen Entscheidung; S.542 bezeichnet er die Annahme eines faktischen Austauschvertrages als nicht mehr so ungewöhnlich. Ähnlich wie hier Wolf AcP 153, 97 ff; er will (im Anschluß an Stoll, LZ 23, 532) nicht nur beim Rücktritt den "Organismus" des ursprünglichen Vertrages aufrecht erhalten, aus dem alle Ansprüche fließen, sondern hält gleiches auch bei der Bereicherung nicht für unmöglich (a.a.O.S.118 und Note 104). Bei anfänglich unwirksamem Vertrag dürfte dies aber auf nichts anderes als die hier vertretene faktische Bindung führen.

wird man eng an diejenigen tatsächlichen Vorgänge anknüpfen müssen, die in ihrer typischen Form die faktische Bindung begründen. Im Bereich der faktischen Gesellschaft ist es das tatsächliche Zusammenwirken beim Betreiben des Gesellschaftszwecks im Vertrauen auf einen Gesellschaftsvertrag, das dazu führt, auch bei nichtigem Gesellschaftsvertrag das faktische Verhältnis nach diesem - nicht nach Bereicherungsrecht - abzuwickeln¹³²⁾. Bei der culpa in contrahendo führt die Verletzung der durch den sozialen Kontakt, das gewährte Vertrauen entstandenen Fürsorge- und Schutzpflicht dazu, den Partner dafür wie nach gültigem Vertrag haften zu lassen, wobei nicht einmal eine generelle Beschränkung auf das negative Interesse besteht¹³³⁾. Damit wird der Vertrag auch abgewickelt; denn durch den Ersatz des negativen oder positiven Interesses wird vermögensmäßig der Zustand wieder hergestellt, wie er ohne die Verletzung der Schutzpflichten bestehen würde. Das Vertragsrecht hat insoweit die Anwendung von Deliktsrecht verdrängt.

Die Abwicklung der "fehlerhaften" Verträge erfolgt also jeweils unter Zugrundelegung der durch das tatsächliche Verhalten bestätigten Rechtsformen. Bei einem Austauschgeschäft, wie es im gegenseitigen Vertrag hier zur Behandlung steht, ist die Bindung nicht so eng wie im Gesellschaftsrecht; das ergibt sich aus dem Charakter des Umsatzgeschäfts mit einer regelmäßig kurzen Dauer. Die Bindung ist aber wesentlich enger als bei der Anbahnung von Vertragsverhandlungen. Die Abwicklung ist durch das Bereicherungsrecht vorgeschrieben. Die faktische Bindung durch den Austausch der Leistungen muß sich daher in einer Beeinflussung dieser Abwicklungsansprüche ausdrücken. Und hierfür kommt das wesentliche Grundelement des Vertrags, das durch die tatsächliche Durchführung seine Bestätigung fand, zum Zuge: Was beim Gesellschaftsrecht der Gesellschaftsvertrag, bei der culpa in contrahendo die Schutzpflichten sind, das ist beim gegenseitigen Vertrag die Zuordnung der Leistungen im Synallagma.

132) Hueck S.59.

133) Enneccerus-Lehmann § 43 III S.183; Larenz § 7 II S.59.

Die Bindungswirkung äußert sich daher darin, daß die Abwicklungsansprüche voneinander abhängig werden ¹³⁴⁾.

Diese Folgerung stützt sich aber nicht nur auf abstrakte Erwägungen, sondern vor allem und in erster Linie auf die Ergebnisse der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die in der langen praktischen Übung der Saldotheorie durch die Gerichte zum Ausdruck gekommene Interessenabwägung kann nicht übergangen werden, auch nicht bei Ablehnung der theoretischen Grundlage dieser Rechtsprechung. Denn in jedem Urteil ist neben der dogmatischen Begründung auch die Abwägung der Interessen des Einzelfalls enthalten. Die dogmatische Einkleidung ist vielmehr abzustreifen und auf die praktischen Auswirkungen zu achten.

Dieser Kern, unbeeinflusst von der dogmatischen Begründung, wurde oben ¹³⁵⁾ bereits herausgearbeitet: Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Abwicklung und damit verbunden die Übernahme des Gegenleistungsrisikos für die Rückabwicklung durch den Empfänger der Leistung. Das ist aber nichts anderes als die synallagmatische Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche, die aus Leistung und Gegenleistung entstanden. Daß die Rechtsprechung nach diesen Grundsätzen verfuhr, soll im zweiten Teil der Arbeit im Einzelnen nachgewiesen werden.

Demgegenüber erscheint die Verschmelzung der beiden Bereicherungsansprüche zu einem und die Gesamtberücksichtigung des wirtschaftlichen Erfolgs des ganzen Geschäfts als durch die dogmatische Begründung der Saldotheorie bedingtes Beiwerk. Zur Erreichung des billigen und richtigen Ergebnisses war dieses theoretische Gebäude einmal erforderlich. Hat man aber die erstrebenswerten Wirkungen erkannt und auch ihre eigentliche dogmatische Begründung gefunden, so kann man auf solches Beiwerk verzichten.

Es ist eine Begründung vorzuziehen, die die praktischen Auswirkungen klar erkennt und daher die Begründung auch darauf erstrecken kann. Bei der Saldotheorie trat die Gefahrüber-

134) So jetzt auch A.Blomeyer, S. 535 u. 542 (erschienen nach Einreichung der Arbeit).

135) S. 13 f. und 21 f.

wälzung auf den Empfänger sozusagen als ein "Nebenprodukt" der Abrechnung auf, während sie doch eine der Hauptwirkungen ist. Eine theoretische Begründung muß auch auf die Funktion des Rechtsinstituts achten; das ist hier die Abwicklung des fehlgeschlagenen Vertrags. Die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrags findet ihre Anerkennung dadurch, daß er rückabgewickelt wird. Die Bereicherungsansprüche sind aber miteinander verknüpft, wie es auch die Leistungen auf den Vertrag waren. Mehr als diese Verknüpfung ist aber wiederum nicht erforderlich.

2. Es ist daher von zwei selbständigen Bereicherungsansprüchen auszugehen, wie dies dem Gesetz entspricht. Eine Saldierung oder Verschmelzung zu einem Bereicherungsanspruch findet nicht statt. Damit erledigen sich die Angriffe sowohl gegen die Verschmelzung wie auch gegen die Wahl des einen oder des anderen Vermögens als Grundlage für die Berechnung der Bereicherung¹³⁶⁾.

Die beiden Bereicherungsansprüche aus nichtigem gegenseitigem Vertrag sind synallagmatisch gebunden. Es besteht also nicht nur eine synallagmatische Nachwirkung des nichtigen Vertrages, die zur Abwicklung in einem Bereicherungsanspruch führt, sondern die beiden Bereicherungsansprüche sind selbst voneinander abhängig. Insoweit wird die selbständige Natur der Bereicherungsansprüche (sowohl untereinander wie gegenüber dem ursprünglichen Vertrag) durch die faktische Bindung aus dem gegenseitigen Leistungsaustausch eingeschränkt.

Auf die Beziehungen zwischen den beiden Bereicherungsansprüchen sind in weitem Umfang die Grundgedanken der Regelung der §§ 320 ff BGB für den gegenseitigen Vertrag anwendbar. Wie im Gesellschaftsrecht die sozialrechtliche Bindung wird für die Rückabwicklung beim Vertrag das zugrunde liegende Prinzip des Synallagmas aufrecht erhalten. Damit ist die als unbillig empfundene Regelung des § 350 BGB über-

¹³⁶⁾ oben S. 19/20

wunden¹³⁷⁾. Daß diese in der Rechtsprechung des Reichsgerichts stets abgelehnt wurde, wenn auch mit Mitteln der Saldotheorie, wird unten anhand der gesammelten Rechtsprechung dargelegt werden¹³⁸⁾. Gleichzeitig ist damit der Kausalzusammenhang bzw. der wirtschaftliche Zusammenhang als Bindeglied zwischen Leistung und Gegenleistung überwunden¹³⁹⁾.

3. Grundlage für die Anrechnung der Gegenleistung ist nicht mehr die Regelung des Wegfalls der Bereicherung in § 818 III BGB. Die synallagmatische Bindung der Bereicherungsansprüche bezieht sich nicht mehr auf den Umfang der Bereicherung, sondern auf die Durchführung der Abwicklung. Während für Weintraud¹⁴⁰⁾ § 818 III BGB noch die gesetzliche Grundlage für die Saldotheorie darstellte, ist die Rechtsprechung darüber hinweggegangen, allerdings ohne diesen Schritt zu begründen¹⁴¹⁾. Dies ist ein Beweis mehr dafür, daß die interessengerechte Abwägung der Rechtsprechung der dogmatischen Begründung gegenwärtig vorausseilen kann.

Trotzdem wirkt die synallagmatische Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche der Abwicklung des fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrags auch auf § 818 III BGB ein. Für einen eng umgrenzten Fall wird bestimmt, ob der Wegfall der Bereicherung berücksichtigt werden kann oder nicht. Es findet eine doppelte Prüfung statt: einmal ob die Bereicherung weg-

137) Vgl. oben S. 24 f. und Note 67. A.Blomeyer, S.536 ff hält dies nicht für zulässig; bei zufälligem Untergang will er die Saldotheorie einschränken, da sie nicht mit den Ergebnissen der Regelung des Rücktritts übereinstimme. Nur in den Fällen, in denen der Empfänger den Untergang zu vertreten habe, hält er eine Überwindung der Gefahrverteilungsnorm des § 350 BGB für möglich. Hierzu unten S. 55 f. Es dürfte doch Aufgabe von Rechtsprechung und Lehre sein, eine erkannte Unbilligkeit auch des Gesetzes soweit irgend möglich auszugleichen. Die Rechtsprechung hat dies durch die Saldotheorie getan.

138) unten S. 95 ff.

139) Zu den Angriffen vgl. oben S. 26 f. und auch v. Caemmerer Rabelf. S.385; ferner Flume, S. 162.

140) a.a.O.S.72; so auch noch Larenz I § 25, II, 4 S. 231; a.A. v.Cammerer Rabelf. S.385.

141) RGZ 99, 161 unten S. 113; RGZ 139, 208 unten S.115; Scheffler in RGR-Komm. Anm.VIII zu § 818 S.684.

gefallen ist und zum anderen ob dieser Wegfall erheblich ist. Durch den Austausch der Leistungen hat jede der Parteien das Empfangene in ihr Vermögen aufgenommen. Soweit eine Rückabwicklung infrage kommt, trägt der Empfänger das Gegenleistungsrisiko für seinen Empfang. Will etwa der Käufer von seinem Verkäufer den Kaufpreis zurückerhalten, so ist ein Untergang der Kaufsache bei ihm nicht erheblich in dem Sinne, daß er dadurch von einer Herausgabe des Empfangenen befreit würde; denn nur wenn er die empfangene Sache herausgibt oder deren Wert ersetzt, bekommt er die seinerseits erbrachte Leistung von seinem Partner zurück. Dadurch wird § 818 III BGB modifiziert.

Der Regelfall ist die Rückabwicklung des fehlgeschlagenen Vertrags durch Rückgabe der Leistungen. Sind beide Leistungen voll vorhanden, entstehen kaum Probleme; Saldotheorie, Zweikondiktionentheorie oder faktisches Synallagma führen zum selben Ergebnis. Ist aber eine der Leistungen nicht mehr voll vorhanden oder sonst verringert, so treten Unterschiede auf. Hier gewinnt die Berücksichtigung des fehlgeschlagenen Vertrages im faktischen Synallagma ihre Bedeutung. Die gegenseitige Bindung der Rückabwicklungsansprüche kann nur dann zu befriedigenden Ergebnissen führen, wenn auch für die Teilrückleistungen dieselben Grundsätze gelten wie beim Vertrag. Sie müssen dem Rechtsgedanken der Teilunmöglichkeit entsprechen. Ist also beim Empfänger die Leistung zur Hälfte weggefallen, so kann er entweder nur die Hälfte der Gegenleistung herausverlangen oder muß die Differenz ausgleichen oder die Rückabwicklung unterbleibt. Hat also im Einleitungsbeispiel der Waldbesitzer W von den ihm gelieferten zehn Bretterstapeln durch Diebstahl zwei verloren, so kann er von S nur vier Fünftel des Stammholzes herausverlangen, während er nach der Zweikondiktionentheorie den Anspruch auf volle Rückgabe des Stammholzes hatte. Dabei wird man nicht davon ausgehen müssen, den S. als noch um zehn Bretterstapel bereichert zu bezeichnen¹⁴²⁾. Vielmehr

142) So Flume S.167-169, von seinem Ausgangspunkt aus, daß der Käufer willentlich sein Vermögen in Höhe des Kaufpreises eingesetzt hat und dieser Kaufpreis an die Stelle der empfangenen Sache trat, so daß der Wegfall der Kaufsache die Bereicherung gar nicht berührt. Vgl. hierzu A.Blomeyer S. 540.

wird nur in Beziehung auf die Rückabwicklung die Befreiung durch den Wegfall der Bereicherung verneint. W wird von der Pflicht zur Herausgabe der empfangenen zehn Bretterstapel nur insoweit nicht befreit, als er dafür das gesamte gelieferte Stammholz herausverlangen möchte. Damit ist die Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung nur im Hinblick auf einen besonderen eng umgrenzten Tatbestand ausgeschlossen. Eine weitergehende Modifizierung des § 818 III BGB findet nicht statt.

Wird daher ein Bereicherungsanspruch gegen eine Partei gerichtet, bei der die Bereicherung völlig oder teilweise weggefallen ist, so ist dies zu berücksichtigen. Ein Bereicherungsanspruch gegen diese Partei besteht insoweit nicht, denn sie ist (insoweit) nicht bereichert. Hier ist der Wegfall der Bereicherung sehr wohl zu berücksichtigen. Nur wenn die Partei, deren Bereicherung ganz oder teilweise weggefallen ist, ihrerseits einen Bereicherungsanspruch geltend macht, kommen die obigen Erwägungen wieder voll zum Zuge. Dem Anspruch dieser Partei steht dann der Grundsatz des "do ut des", des Synallagmas entgegen.

4. Auf das faktische Synallagma finden weitgehend die Rechtsgedanken des gegenseitigen Vertrages in den §§ 320 ff BGB Anwendung. Ob man sich dabei für eine Rechtsanalogie entscheiden soll oder nur für eine innere Verwandtschaft, die die Übertragung der zugrundeliegenden Rechtsgedanken gestattet, kann hier dahingestellt bleiben.

In der Praxis dürften die Fälle des zufälligen Untergangs des Empfangenen (also des dem § 323 BGB entsprechenden Prinzips) die Mehrzahl bilden. Trotzdem ist daran zu denken, ob auch die Entscheidungen des Gesetzgebers in den §§ 324 und 325 BGB Verwertung finden können.

Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich ein Unterschied zwischen der dem § 323 BGB und der dem § 325 BGB zugrundeliegenden Regelung für die Abwicklung nicht. Für eine Unterscheidung müßte auch bei der Bereicherung ein Verschul-

den, wie es § 325 BGB voraussetzt, in Anlehnung an den für das Rücktrittsrecht entwickelten Begriff des "Verschuldens gegen sich selbst" bejaht werden¹⁴³⁾. Da der Empfänger der Leistung aber nur das Gegenleistungsrisiko zu tragen hat ("wenn er das Empfangene nicht herausgeben kann, bekommt er seine Leistung nicht zurück"), kommt es auf diese Unterscheidung nicht an. Schadensersatzansprüche kommen nicht in Frage. Die Rechtsfolge ist einheitlich Übernahme des Risikos, sowohl bei "verschuldetem" wie zufälligem Untergang¹⁴⁴⁾. Der Grundgedanke der Regelung des § 324 BGB dagegen läßt sich auf das faktische Synallagma übertragen. In § 324 BGB trägt der Gläubiger des Leistungsanspruchs die Gefahr für die Gegenleistung, weil er den Umstand zu vertreten hat, der beim Schuldner zur Unmöglichkeit führte. Im Falle des Annahmeverzugs erweitert sich diese Haftung auf die Fälle der zufälligen Unmöglichkeit. Vernachlässigt etwa der Mieter die gemietete Wohnung derart, daß sie zum vertragsmäßigen Gebrauch im Sinne des § 536 BGB nicht mehr geeignet ist, so wird er dadurch nicht von der Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses frei. Dieselbe Interessenlage tritt auch beim faktischen Synallagma auf. Während bei dem normalen gegenseitigen Vertrag die

143) Vgl. Larenz I § 25 I c S.225; Enneccerus-Lehmann § 39 II 1 e S.161.

Für die Bereicherung wird das aber überwiegend abgelehnt, Scheffler in RGR-Komm. Anm. VII 1 zu § 818, S.683.

144) Ob A.Blomeyer S.536/537 zu einem anderen Ergebnis käme durch Berücksichtigung nur der Fälle, die § 325 BGB entsprechen, ist zweifelhaft. Zwar greift er die Gefahrverteilung der Saldotheorie grundsätzlich an. Er hält die Entscheidung des Gesetzgebers beim Rücktrittsrecht für so zwingend, auch für die übrigen Fälle der Rückabwicklung, daß er die Saldotheorie einschränken und der Gefahrverteilung der Rücktrittsregeln angleichen will. Das wäre von Bedeutung vor allem für die Fälle des zufälligen Untergangs. Seine Beispiele beschränken sich aber hauptsächlich auf die Fälle, bei denen der Mangel der ursprünglichen Leistung die Unmöglichkeit der Herausgabe verursacht hat. Diese Fälle werden im folgenden unter dem Gesichtspunkt des § 324 BGB ebenso entschieden. Für die Fälle des zufälligen Untergangs (die § 323 BGB entsprechen) bleibt es hier aber bei der abweichenden Gefahrverteilung gegenüber derjenigen des Rücktritts.

Fälle des § 324 BGB die Ausnahme bilden, weil eine Einwirkung des Gläubigers auf die ihm zu erbringende Leistung regelmäßig ferner liegt, da sie sich im Bereich des Schuldners befindet, ist dies bei der Rückabwicklung anders. Hier stammt die Leistung, die zurückgegeben werden soll, gerade vom Gläubiger her, sie kommt aus seinem Einflußbereich. Führen daher Mängel der auf den ursprünglichen Vertrag erbrachten Leistung dazu, daß das Empfangene nicht mehr zurückgegeben werden kann, so muß dies der ursprünglich Leistende auch tragen. Entsprechend dem Grundgedanken des § 324 BGB, als einem Ausfluß des allgemeinen Verwirkungsgedankens, trägt dann nicht der Empfänger der Leistung das Gegenleistungsrisiko für die Abwicklung, sondern der ursprünglich Leistende und jetzige Bereicherungsgläubiger. Soweit er einen Mangel der Leistung zu vertreten hatte (was sich nach den allgemeinen Vorschriften bestimmt), muß er die Unmöglichkeit der Rückgabe und damit die Befreiung des Bereicherungsschuldners hinnehmen. Der Wegfall der Bereicherung ist insoweit zu berücksichtigen. Der Empfänger der verminderten Leistung aber kann seine Gegenleistung unvermindert herausverlangen. Ein Beispiel findet sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts; auf den unten¹⁴⁵⁾ wiedergegebenen Sachverhalt wird Bezug genommen. Die Landgemeinde als Empfängerin des verdorbenen, also sachmangelbehafteten, Käse erhielt ihren Kaufpreis zurück. Der Verkäufer durfte sich nicht auf den vollen Wert seiner Lieferung berufen. Er mußte die Gefahr für die Entwertung des Käse selbst tragen und erhielt nur den Versteigerungserlös des verdorbenen Käse als restliche Bereicherung der Käuferin zurück.

Damit wurde berücksichtigt, daß der Verkäufer bei wirksamem Vertrag für den Sachmangel hatte eintreten müssen. Die Entscheidung findet durch den Grundgedanken des § 324 BGB, der ein Ausdruck zugleich des Verwirkungsgrundsatzes ist¹⁴⁶⁾,

145) RGZ 94, 253 unten S. 120, vgl. auch OHGZ 1, 242 unten S. 123.

146) "venire contra factum proprium" Larenz I § 24 III S. 221.

eine befriedigende Begründung. Der Leistende wird nicht besser gestellt als beim wirksamen Vertrag¹⁴⁷⁾. Zugleich ist aber auch sichergestellt, daß der Mangel der Leistung nur insoweit von Einfluß ist, wie er die Unmöglichkeit der Herausgabe verursacht. Der Mangel vermag nicht, wie in § 350 BGB, lediglich als Vorwand dafür zu dienen, um durch die Rücktrittserklärung die Gefahr auf den Leistenden wieder zurückspringen zu lassen.

5. Flume¹⁴⁸⁾ hat zutreffend auf eine Gruppe hingewiesen, bei der der Erwerb erfolgt, ohne im Kontakt mit der Vereinbarung einer Gegenleistung zu stehen. Von den einseitigen Ansprüchen abgesehen, sind Beispiele etwa die irrtümliche Auszahlung eines Loggewinns oder die irrtümliche Berechnung eines zu hohen Beamtengehalts oder Ruhegeldes. Soweit in diesen Fällen eine Gegenleistung vereinbart ist, stehe sie doch "nicht im Kontakt mit dem Vermögen, weil sie nicht von einer Gegenleistung abhängig ist". Der Wegfall der Bereicherung richtet sich nach Flume bei empfangenen Leistungen dieser Art nach demjenigen der einseitigen Bereicherungsansprüche. Er erklärt das damit, daß die eingetretene Bereicherung allein Veranlassung der vermögensmindernden Ereignisse gewesen sei. Die Entscheidungen des Vermögensinhabers, die bei der Verminderung etwa mitgewirkt haben sollten, seien demgegenüber unbeachtlich.

Flume ist im Ergebnis beizustimmen. Soweit hier Gegenleistungenvorliegen, fehlt es an einer synallagmatischen Bindung zwischen Leistung und Gegenleistung im ursprünglichen Vertrag. Daher kann es bei Fehlschlagen des Vertrags auch nicht zu einem faktischen Synallagma kommen. Für eine Verknüpfung der Ansprüche besteht kein Grund. Es bleibt vielmehr bei der allgemeinen Regelung des § 818 III BGB.

6. Ein weiteres Abgrenzungsproblem bieten die gegenseitigen Verträge, die nur von einer Seite erfüllt sind. Kann man

147) Dies ist auch das Hauptargument A. Blomeyers S. 537, der ausdrücklich auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bezug nimmt.

148) a.a.O. S. 157/158.

auch hier bereits eine synallagmatische Bindung gegenseitiger Bereicherungsansprüche annehmen¹⁴⁹⁾?

Die Saldotheorie kann auf dem technischen Wege der Gesamtdifferenzhypothese nur tatsächlich erbrachte Leistungen als Minderungsposten berücksichtigen. Nur diese stellen für die wirtschaftlich orientierte Saldotheorie Vermögenseinbußen dar. Kauft etwa K von V ein Auto auf Kredit und geht dieses bei einem Verkehrsunfall unter, dann bekommt, wenn sich die Nichtigkeit des Vertrages herausstellt, nach der Lösung der Saldotheorie der Verkäufer vom Käufer nichts heraus.

Diese Entscheidung mißbilligt Flume¹⁵⁰⁾ und zieht gerade aus dem Unterschied, den die Saldotheorie zwischen beiderseits erfülltem und nur einseitig erfülltem Vertrag macht, eines seiner Hauptargumente. Es sei ein unerträgliches Ergebnis, daß der Käufer durch den Untergang vom Bereicherungsanspruch befreit werde, und im Ergebnis die Gefahrüberwälzung auf den Käufer nicht eintrete. Flume will dies vermeiden, indem er auf das Moment der Vereinbarung der Gegenleistung abstellt. Damit sei die vermögensmässige Entscheidung getroffen, dieses Auto im eigenen Vermögen haben zu wollen. Der erworbene Gegenstand verschwindet aus dem Gesichtskreis der Bereicherung und wird von dem versprochenen Kaufpreis gedeckt oder sogar "ersetzt"¹⁵¹⁾. Das Schicksal der erworbenen Sache ist von nun an für die Frage der Bereicherung gleichgültig. Es kommt nur auf den versprochenen Kaufpreis an. Es darf auch keinen Unterschied machen, ob der versprochene Kaufpreis schon bezahlt ist oder nicht. Wesentlich ist das Versprechen, das virtuell das Vermögen bereits mindert. Die Zahlung ist lediglich Durchführung der virtuell bereits vorhandenen Minderung¹⁵²⁾. Der Käufer muß in jedem Fall die Konsequenzen

149) Ob solche Ansprüche und nicht nur ein Anspruch besteht, soll im folgenden geprüft werden.

150) a.a.O. S.165/166; Lehmann in Nipperdey. S.37 stimmt Flume zu. Dagegen schon früher Preisler vor allem auch zu der Frage, ab wann ein beachtlicher Leistungsaustausch vorliegt.

151) wie es A.Blomeyer S.540 formuliert hat.

152) So A.Blomeyer S.541.

seiner vermögensmässigen Entscheidung tragen. Der Käufer muß also den untergegangenen Wagen bezahlen, und zwar gibt Flume¹⁵³⁾ dem Verkäufer einen Bereicherungsanspruch. Dieser richtet sich - was von Flume allerdings nicht näher ausgeführt wird - auf das, was der Käufer aufwenden wollte, nämlich den Kaufpreis. Die Natur dieses Anspruchs als Bereicherungsanspruch erscheint jedoch fragwürdig, zumal Flume die Begründung mit einer Ersparnis ablehnt. A.Blomeyer¹⁵⁴⁾ sieht in Flumes These eine Ausdehnung des Synallagmagedankens über den von der Saldotheorie abgesteckten Bereich der Leistungen hinaus, indem bereits das Versprechen der Gegenleistung eine Verminderung des Vermögens bewirke, die dann durch Zahlung nur vollzogen werde.

Von der hier vertretenen Auffassung der Bindung durch faktisches Synallagma aus stellt sich das Problem als Frage dar: wann erlangt das Austauschverhältnis die Intensität, die bei nichtigem Vertrag eine Bindungswirkung herbeiführt? Oder mit anderen Worten: was sind die erforderlichen Tatbestandsmerkmale, ohne die eine Bindungswirkung nicht eintritt? Die Antwort ergibt sich aus dem Begriff des faktischen Synallagmas. Es entsteht durch Inanspruchnahme gewährten Vertrauens. Entsprechend dem Wesen des gegenseitigen Austausches muß dieses Vertrauen von beiden Seiten in Anspruch genommen und gewährt sein. Während Flume aber das gegenseitige Versprechen im nichtigen Vertrag (als "wirkliche" Vermögensentscheidung) genügen läßt, bedarf es nach Ansicht des Verfassers des gegenseitigen Austausches der Leistungen. Denn für eine faktische Bindung möchte man eben gerade mehr fordern, als nur die Willenseinigung im nichtigen Vertrag. Zwar ist auch der nichtige Vertrag wesentliches Tatbestandsmerkmal des faktischen Synallagmas; aber es muß noch mehr hinzukommen, um das Nichtigkeitsurteil der Rechtsordnung für die Abwicklung außer Acht lassen zu können. Die von beiden Seiten erbrachten Leistungen dürften mit die notwendigen tatsächlichen Anknüpfungspunkte für die faktische Bindung darstellen.

153) a.a.O. S.166.

154) a.a.O. S.541.

Die Frage mag zwar letztlich rechtspolitischer Natur sein und läßt sich nur von da aus endgültig beantworten. Es wäre denkbar, daß bereits eine Leistung die synallagmatische Bindung so bestätigen könnte, daß die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung ausgeschlossen wäre. Aber es ist doch zu berücksichtigen, daß die Verkehrsanschauung sehr wohl unterscheidet, ob eine Leistung nur versprochen wurde oder ob sie erbracht wurde. Auch darf die Grundlage der Rückabwicklung nicht außer Acht gelassen werden. Bereicherungsansprüche entstehen nur durch tatsächliche Leistungen und fallen mit dem Untergang der Sache weg. Nur für den Fall, daß der Empfänger die seinerseits erbrachte Leistung zurückverlangt, wird dieser Wegfall nicht berücksichtigt. Flume¹⁵⁵⁾ aber läßt den Wegfall der Bereicherung bei Vereinbarung einer Gegenleistung überhaupt nicht mehr zu. Dies dürfte eine zu starre Bindung an die Einigung darstellen. Soweit auf einen Vertrag daher nur eine Leistung erbracht ist, ist für das faktische Synallagma und seine Verknüpfungswirkung kein Raum¹⁵⁶⁾.

7. Es ist also daran festzuhalten, daß Voraussetzung für das faktische Synallagma der Austausch beider Leistungen ist. Als Bereicherungsansprüche kommen demgemäß in erster Linie Leistungskonditionen in Frage, wie sie aus dem schuldrechtlich fehlgeschlagenen Vertrag entstehen. Die synallagmatische Bindung erfaßt daher vorzugsweise Leistungskonditionen. Es ist aber keine Seltenheit, daß bei oder nach "Erfüllung" eines gegenseitigen nichtigen Vertrags auch Ansprüche wegen Bereicherung aus fremdem Gut anstelle von Leistungskonditionen entstehen. Dies immer dann, wenn die dinglichen Geschäfte

155) a.a.O. S.166 f.

156) A.Blomeyer S.542/543 kommt zwar ebenfalls zur Ablehnung der weitergehenden Ansicht Flumes. Er stützt sich dabei aber auf die Gefahrtragungsregeln des Rücktritts, die auch die Saldotheorie modifizieren müßten; ein Ergebnis, dem nicht zugestimmt werden kann. Der Hinweis von A.Blomeyer a.a.O. auf §§ 323 III, 327 BGB bedarf der gesonderten Erörterung, da es nicht selbstverständlich, ist, daß auf diese Verweisungsfälle die Saldotheorie bzw. das faktische Synallagma anwendbar sind.

ebenfalls unwirksam sind, durch eine weitere Handlung des Empfängers aber ein wirksamer Rechtsverlust beim Leistenden entsteht, wie etwa durch Weiterveräußerung an einen gutgläubigen Dritten oder durch Verarbeiten, Vermischen usw. Bei Geschäften mit Geisteskranken ist nach den zusammengestellten Entscheidungen in der Praxis das Auftreten wenigstens einer Rechtsgutkondition die Regel. Die Saldotheorie kennt keine Unterscheidung zwischen Leistungskondition und Kondition wegen Bereicherung aus fremdem Gut¹⁵⁷⁾. Dies würde ihrem Wesen und der "Gesamtberücksichtigung aller Umstände" nicht entsprechen.

Die Kondition wegen Bereicherung aus fremdem Gut entsteht aber nicht mit dem Empfang der Leistung, sondern erst durch eine weitere Handlung des Empfängers. Verarbeitung oder Veräußerung der empfangenen Sache können dabei vom Vertrag soweit entfernt sein, daß jeder Zusammenhang mit dem Austausch der Leistungen fehlt. Bis zum Eintritt des Bereicherungsanspruchs etwa aus § 816 oder aus § 951 BGB besteht ein dinglicher Anspruch des Leistenden auf die Sache, in der Regel eine rei vindicatio. Diese kennt eine Berücksichtigung der Gegenleistung oder eine Verknüpfung mit ihr nicht. Das allenfalls bestehende Zurückbehaltungsrecht läßt keinesfalls einen Übergang der Gegenleistungsgefahr auf den Empfänger der Leistung eintreten. Es bleibt gem. § 985 BGB dabei, daß der leistende Eigentümer auch das Risiko für die Rückgewähr der Sache trägt. Auf die Zweiseitigkeit dieser Ansprüche kommt es nicht an. Sobald aber durch eine Handlung des Bereicherten an die Stelle des dinglichen Anspruchs Kondition wegen Bereicherung aus fremdem Gut tritt, soll damit eine Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche in der Saldotheorie und damit vor allem die abweichende Gefahrverteilung zum Zuge kommen. Dieses nachträgliche Überspringen der Gefahr hat zu scharfen Angriffen gegen die Saldotheorie geführt¹⁵⁸⁾. Eine sol-

157) Vgl. unten die Gruppe der Rechtsprechung S.145; vor allem RG Warn Rechtspr.1911 Nr.325 S.363 unten S.148 u. OLG Hamburg Seuff A. 76 Nr.21 S.34 unten S.153.

158) s.o.S.25 f.; besonders auch Preisler S.41 und Flume S.171.

che Veränderung der Gefahrverteilung, die von einer Handlung des Empfängers der Leistung allein abhängt, läßt sich auch kaum vertreten. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut überhaupt geeignet ist, mit einer Leistungskondiktion oder mit einer anderen Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut in ein faktisches Synallagma zu treten. Die Entstehung dieser Kondiktion unabhängig vom Leistungsaustausch und unter Umständen erst lange nach dem Vertrag spricht dagegen, die einheitliche Praxis des Reichsgerichts¹⁵⁹⁾ spricht dafür.

Das Problem bedarf der Betrachtung in einem größeren Zusammenhang, nämlich zusammen mit dem Eigentumsherausgabeanspruch. Die Funktion der Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut ist die Ergänzung des Schutzes der dinglichen Rechte im Schuldrecht. Diese Verwandtschaft der Funktionen ist so groß, daß die Behandlung dieser Kondiktion von der der dinglichen Ansprüche bezüglich der Haftung nicht allzu sehr abweichen sollte. Eine Verschiedenheit der Behandlung darf nicht über das Maß hinausgehen, das durch den Charakter als schuldrechtlicher oder dinglicher Anspruch bedingt ist; für die hier auftretenden Interessenlagen ist eine verschiedene Behandlung nicht angebracht. Der Schuldner des Eigentumsherausgabeanspruchs darf durch eigene Handlungen seine Haftung nicht erleichtern können. Das soll am Einleitungsbeispiel verdeutlicht werden. Bei dem Tausch von Stammholz gegen Schnittholz war der Waldbesitzer W etwa geisteskrank und daher geschäftsunfähig. Die Lieferung des Stammholzes durch W hatte keinen Eigentumserwerb des S zur Folge, ebenso erwarb W selbst auch kein Eigentum am gelieferten Schnittholz. Es standen sich also zwei Eigentumsherausgabeansprüche gegenüber, verknüpft durch ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB. Geht nun aber bei W oder S eine der Leistungen zufällig unter, so hat allein der rückforderungsberechtigte Eigentümer den Schaden zu tragen; mit Wegfall der Sache fällt auch seine rei vindicatio weg. Das Zurückbehaltungsrecht greift in die Verteilung der Gegenleistungsgefahr im Gegensatz zur Norm des § 323 BGB nicht ein.

159) oben Note 157.

der Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut und der rei vindicatio. Für die Abwicklung eines fehlgeschlagenen Vertrags darf aber diese Unterscheidung nicht erheblich sein.

Für eine verschiedene Behandlung der beiden Ansprüche fehlt die innere Berechtigung. Es ist gerade bei der Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut das Argument von der "völligen Andersartigkeit" der rei vindicatio¹⁶⁰⁾ nicht begründet; es stellt auch sonst keine Erklärung dar für die verschiedenartigen Ergebnisse.

Die Fragestellung muß vielmehr lauten: Ergreift die synallagmatische Bindung beim fehlgeschlagenen Vertrag dingliche Ansprüche und Kondiktionen wegen Bereicherung aus fremdem Gut in gleicher Weise wie die Leistungskondiktionen? Oder aber eignet sich nur die Leistungskondiktion für eine synallagmatische Bindung, während Kondiktionen wegen Bereicherung aus fremdem Gut und dingliche Ansprüche außerhalb der gegenseitigen Verknüpfung stehen? Nur die gemeinsame einheitliche Behandlung beider Ansprüche wird der Funktion der Bereicherung aus fremdem Gut und ihrer Verwandtschaft zur rei vindicatio gerecht. Nur dadurch wird ein Überspringen der Gefahr allein durch eine Handlung des Empfängers der Leistung und die damit verbundenen unbilligen Ergebnisse vermieden. Die Entscheidung der Frage, ob sich auch der dingliche Anspruch für die Abwicklung in das Synallagma einordnen läßt, hat weitreichende Konsequenzen. Der Eigentumsanspruch ist für die bisherige Betrachtungsweise streng abstrakt und kennt keine gegenseitige Bindung nicht. Die abstrakte Natur ermöglicht vor allem auch, daß er gegen Dritte in vollem Umfang wirksam bleibt. Trotzdem hat man auch hierfür schon Einschränkungen gemacht. Es sei an die Auseinandersetzung um die Anwendung des § 817 2 BGB auf den Eigentumsanspruch er-

160) So Maenner DJZ 1916, 282; ihm nachfolgend Scheffler in RGR-Komm. Vorbem. 5 d vor § 812 S.644 oben und auch Baer S.296; dagegen zu Recht Preisler S.39 und vCaemmerer Rabelf. S.387.

innert¹⁶¹⁾. Würde man die Einbeziehung auch des dinglichen Anspruchs bejahen, wie sie durch die Entwicklung gefordert wird, so hätte die Abwicklung des schuldrechtlich und dinglich unwirksamen Vertrags in der Weise zu erfolgen, daß der Eigentumsanspruch nicht anders wie ein Bereicherungsanspruch in die synallagmatische Bindung aufgenommen würde. Anspruch und Gegenanspruch wären miteinander verknüpft; ob sich dabei der eine Anspruch auf Bereicherung und der andere auf Eigentum stützen würde, sollte dann keinen Unterschied machen. Es würden die gleichen Erwägungen gelten, wie sie für die Abwicklung allein mit Bereicherungsrecht in Form der Leistungskonditionen angestellt wurden. Der Untergang der Sache hätte zwar eine Befreiung von der rei vindicatio zur Folge; sofern aber die Gegenleistung herausverlangt würde, wäre der Wegfall der Sache zu Lasten des Empfängers zu berücksichtigen. Er müßte das Gegenleistungsrisiko tragen. Nur gegen Herausgabe der empfangenen Leistung könnte er seine eigene Leistung zurückverlangen. Damit fände der fehlgeschlagene Vertrag eine einheitliche Abwicklung, die auf dem schuldrechtlichen Band beruhend, trotzdem die dinglichen Verhältnisse berücksichtigen würde.

Diese Form wäre eine Abwicklung nur nach Bereicherungsrecht mittels der umstrittenen *condictio possessionis*¹⁶²⁾ vorzuziehen. Sie würde den Eigentumsherausgabeanspruch für die Abwicklung zwar ersetzen, indem sie als Leistungskondition dem Synallagma einzuordnen wäre. Die Einbeziehung der rei vindicatio selbst in das faktische Synallagma erscheint aber konsequenter und dürfte zum selben Ergebnis führen.

161) v.Caemmerer, RabelsZ 12, 707, SJZ 1950, 646 u.MDR 1951, 161; Boehmer, Grundlagen I, S.52 f; Raiser JZ 51, 718; Hoche in Palandt Einleitung vor § 854 Anm.5a cc), die sich für die Anwendung auf § 985 BGB aussprechen; dagegen Gramm in Palandt § 817 Anm.3e; BGH in NJW 1951, 643 u.a.

162) Hierzu v.Caemmerer, Rabelf.S.349 mit Note 59; v.Lübtow S.161 ff.

Ferner Raiser S.140: Auch das faktische Synallagma wäre in seinem Sinn ein Abwicklungsverhältnis, das die rei vindicatio zu binden hätte.

Flume S.170 will bei der nichtigen dinglichen Verfügung neben der rei vindicatio einen Bereicherungsanspruch geben; vgl. hierzu v.Caemmerer in Boehmerf.S.154 Note 42.

Sowohl v.Caemmerer¹⁶³⁾ wie auch Flume¹⁶⁴⁾ befürworten eine einheitliche Abwicklung des Vertrags auch bezüglich der dinglichen Ansprüche. v.Caemmerer weist darauf hin, daß die Frage, ob das Erfüllungsgeschäft wirksam war oder nicht, zwar für Dritte bedeutsam sein könne, daß es aber für die Parteien des Vertrags darauf nicht ankommen dürfe.

Man wird zwar berücksichtigen müssen, daß der Gesetzgeber durch das Nichtigkeitsurteil auch für die dinglichen Geschäfte die Unwirksamkeit besonders betonen wollte, was gegen eine synallagmatische Verknüpfung, die eine teilweise Aufrechterhaltung des Vertrags enthält, spricht¹⁶⁵⁾. Es erscheint nicht möglich, dieses umfassende Problem hier weiter zu verfolgen. Hierfür bedürfte es einer ausführlichen Prüfung, einmal der rei vindicatio und des Abstraktionsprinzips sowie der Funktion der Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut und zum anderen der Stärke und Eigenschaften der synallagmatischen Bindung. Als begrüßenswerte Tendenz sei aber festgehalten, daß die Entwicklung auf die Einbeziehung auch der dinglichen Ansprüche in das faktische Synallagma hinzielt.

8. In diesem Zusammenhang gehört die Frage, ob die für den Erwerb einer fremden Sache gemachten Aufwendungen bei der Herausgabe der Bereicherung berücksichtigt werden können. Es handelt sich dabei um Kondiktionen wegen Bereicherung aus fremdem Gut, die außerhalb eines Schuldverhältnisses geltend gemacht werden¹⁶⁶⁾. Es liegt dem etwa folgender Fall zugrunde¹⁶⁷⁾: In einem Stahlwerk wird ein Waggon Walzstahl veruntreut und muß als abhanden gekommen gelten. Die Ware läuft

163) Rabelf. S.387, vgl. auch Note 162.

164) a.a.O. S.170 ff.

165) in diesem Sinn auch A.Blomeyer, S.543/4 mit Note 43.

166) Hierzu v.Caemmerer Rabelf. S.385; Flume S.172, Lehmann Nipperdeyff. S.31 ff; jetzt auch A.Blomeyer, S.536. Gruppe der Rechtsprechung unten S.167.

Früher bereits entschieden sich Stück S.70 im Anschluß an Windscheid gegen den Abzug; Stieve S.89 unter Ablehnung Windscheids für den Abzug; Weintraud S.78/79 kommt konsequent zur Zulässigkeit des Abzugs, da für ihn wirtschaftlicher Zusammenhang vorliegt.

167) RGZ 106, 4 unten S.168.

durch verschiedene Hände. Der Letzterwerber verarbeitet das gestohlene Gut zu neuen Erzeugnissen. Er hat seinem "Lieferanten" die Ware bezahlt. Wenn nun das Stahlwerk von ihm gem. § 951 BGB Ersatz des Wertes des Walzstahls verlangt, stellt sich die Frage, ob der Verarbeiter die Zahlung an den Dritten ("Lieferanten") von der Bereicherung absetzen kann.

Die Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut, die hier geltend gemacht wird, ist in ihrer Funktion sehr stark dem Eigentumsanspruch angenähert; sie steht außerhalb aller vertraglichen Bindungen und wirkt wie § 985 BGB gegen jeden, der die Sache verarbeitet. Die Rechtsprechung hat es abgelehnt, die Zahlung an den Dritten ("Lieferanten") als Verminderung der Bereicherung zu berücksichtigen. Dabei argumentiert sie einmal damit, daß der Verarbeiter ja gegen seinen "Lieferanten" einen Ersatzanspruch gem. § 440 BGB habe. Wenn er die Leistung an den "Lieferanten" gegenüber der Rechtsgutkondiktion einwenden wollte, so sei das eine Einwendung aus einem Rechtsverhältnis zu einem Dritten, die grundsätzlich unzulässig sei. Nun ist aber ein Ersatzanspruch gegen den Vormann nicht immer gegeben. Deshalb wird auch mit einem anderen Argument die Nichtabsetzbarkeit begründet. Die Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut als schuldrechtliche Verlängerung des dinglichen Anspruchs lasse einen solchen Abzug nicht zu, da auch die ursprünglich gegen den Verarbeiter gegebene Vindikation einen solchen Abzug nicht zulasse¹⁶⁸⁾. Für die Einzelheiten dieser Argumentation kann auf den vorhergehenden Abschnitt verwiesen werden. Dieser Begründung aus der Funktion der Bereicherung aus fremdem Gut ist zuzustimmen. Lehmann¹⁶⁹⁾ hat diesem Argument zustimmend betont, daß das Risiko für die Zahlungen auf die Sache nicht dem Eigentümer abgebürdet werden dürfe. In der Tat wäre sonst der Anspruch des Eigentümers in der Regel weitgehend illusorisch.

168) v. Caemmerer Rabelf. S. 385, A. Blomeyer, S. 536; RGZ 106, 4 unten S. 168; BGHZ 14, 7 unten S. 169. Dies ist ein echtes Argument aus der Natur des Bereicherungsanspruchs.

169) JZ 54, 701 in Anm. zu BGH 14, 7 unten S. 169.

Die Ablehnung der Anrechnung der Gegenleistung läßt sich noch durch ein weiteres Argument von der hier vertretenen Bindungswirkung des faktischen Synallagmas aus stützen. Die Rechtsprechung hat neben den anderen Gründen stets auch erwähnt, "daß es zwischen der Leistung an den Lieferanten und dem Erwerb des Eigentums an der Sache am Kausalzusammenhang fehle"¹⁷⁰⁾. Hiergegen läßt sich zu Recht sagen¹⁷¹⁾, daß es für den Verarbeiter bezüglich der Motivation beim Erwerb und damit der Hingabe seiner Gegenleistung keinen Unterschied mache, ob er vom Eigentümer oder vom nicht Berechtigten kaufe. Die Betonung des fehlenden Kausalzusammenhangs in der Rechtsprechung läßt sich aber anders erklären; es dürfte damit gemeint sein, daß es zwischen der an den Dritten erbrachten Leistung und dem Bereicherungsanspruch des früheren Eigentümers deshalb an jedem Zusammenhang fehle, weil keine Beziehung schuldrechtlicher Art zwischen den Parteien bestehe. Denn von dem hier vertretenen Standpunkt aus kann eine Leistung nur dann berücksichtigt werden, wenn sie zwischen den Parteien des fehlgeschlagenen Vertrags ausgetauscht wurde¹⁷²⁾. Nur dann kann ein auf dem Austausch beruhendes faktisches Synallagma Leistung und Gegenleistung verknüpfen. Bei den für den Erwerb einer fremden Sache gemachten Aufwendungen an Dritte fehlt es an dieser Grundlage. Eine Berücksichtigung kann daher nicht stattfinden. Damit ist die aus dem Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs fließende Ungereimtheit auch in diesem Fall überwunden.

9. Das faktische Synallagma ist mit dem fehlgeschlagenen Vertrag verwandt und wird von ihm beeinflusst. Seine Bindungswirkung kann aber nur soweit eintreten, wie das Fehlschlagen des Vertrages dafür Raum läßt. Die Bindung ist subsidiär und wird von Vertragsregeln stets verdrängt. Von hier aus läßt sich bestimmen, wie weit bei den sogenannten "Verweisungsfällen" die Ergebnisse der Saldotheorie zu rechtfertigen

170) RG SeuffA 66 Nr.132 S. 261 unten S. 168.

171) So v.Caemmerer Rabelf.S.385.

172) Damit ist nicht ausgeschlossen, daß Dritte am Vertrag beteiligt sind; sie müssen sich dann nur entweder dem Leistenden oder dem Empfänger zurechnen lassen; vergl. hierzu etwa die Entscheidung RGZ 86, 343 unten S.150.

sind. Die Problemlage z.B. bei den §§ 323 III und 327 2 BGB ist durchaus verwandt mit der vorstehend behandelten; auch dort werden Verträge, deren Erfüllung gescheitert ist, rückabgewickelt. Bedeutet die Verweisung auf das Bereicherungsrecht zugleich eine Verweisung auf die Saldotheorie oder das faktische Synallagma? Die Herleitung der Saldotheorie allein aus der Bestimmung des Umfangs des Bereicherungsanspruchs, auf den sich die Verweisung in jedem Fall wenigstens bezieht, läßt das als naheliegend erscheinen. Im folgenden wird daher auf die beiden erwähnten Verweisungsfälle näher eingegangen.

- a) Bei § 323 III BGB ist die Erfüllung des Vertrages unmöglich geworden, ohne daß einer der beiden Partner dies zu vertreten hat. Ist von einem Partner die geschuldete Leistung schon erbracht, kann er sie nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herausverlangen. Damit scheint nur ein einseitiger Bereicherungsanspruch gegeben zu sein, der eine Verknüpfung mit einem anderen Bereicherungsanspruch schon deshalb nicht kennt, weil eine Gegenleistung, die einen Bereicherungsanspruch begründet hätte, nicht erfolgte. Folgt man aber der theoretischen Begründung der Saldotheorie, so ist der Umfang des Bereicherungsanspruches durch die Gesamtberücksichtigung aller Umstände zu bestimmen, die im Kausal- (oder wirtschaftlichen) Zusammenhang mit dem Leistungsempfang das Vermögen des Schuldners beeinflussen. Hierdurch wird der Rahmen der nach § 818 BGB zu berücksichtigenden Umstände erheblich erweitert. Denn es sind nun auch alle wirtschaftlichen Opfer des Schuldners zu berücksichtigen, die er zur Vorbereitung der später - ohne sein Verschulden - unmöglich gewordenen Leistungen gebracht hat. Auch ohne daß eine eigentliche Leistungshandlung erfolgte, hätten diese Opfer die etwa durch Leistung einer Anzahlung eingetretene Bereicherung des Schuldners vermindert. Die Rechtsprechung hatte mehrmals Gelegenheit, ähnlich gelagerte Fälle zu entscheiden¹⁷³⁾. Überwiegend wurde aber die

173) Vgl. unten die zusammengestellte Rechtsprechung S. 162 ff.

Anwendung der Saldotheorie abgelehnt¹⁷⁴⁾. Das Reichsgericht und im Anschluß daran der Bundesgerichtshof haben erkannt, daß die bestehenden Gefahrverteilungsnormen des zwar unmöglich gewordenen aber doch noch existenten Vertrages (wie etwa § 323 II BGB zeigt), eine Berücksichtigung der für die Vorbereitung der Gegenleistung aufgebrauchten Opfer verbietet. In die bestehende Gefahrverteilung des Vertrages darf auch die Saldotheorie nicht eingreifen¹⁷⁵⁾. Der Schuldner einer Leistung trägt für sie die Gegenleistungsgefahr bis zum Gefahrübergang. Hat dieser noch nicht stattgefunden, so muß die vorbereitete Gegenleistung außer Betracht bleiben und kann auch nicht auf dem Umweg über die Saldotheorie Berücksichtigung finden. Damit hat der Bundesgerichtshof zu Recht die Ansicht von Larenz und Flume¹⁷⁶⁾ abgelehnt. Im Ergebnis stimmt die Ansicht des Bundesgerichtshofes mit dem hier vertretenen Standpunkt überein.

Für die Opfer und Aufwendungen zur Vorbereitung einer Leistung besteht die ursprüngliche Regelung des Vertrags weiter, daß der Schuldner der Leistung dieses Risiko zu tragen hat. Die Vorschrift des § 818 III BGB wird hier modifiziert; nicht jede tatsächliche Verringerung der Bereicherung führt zu einer rechtlich erheblichen Minderung der Bereicherung¹⁷⁷⁾.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus ist ein Fall der Bindung durch faktisches Synallagma gar nicht gegeben. Es handelt sich um eine Modifizierung des § 818 III BGB, während sich das faktische Synallagma nicht auf den Umfang des Bereicherungsanspruches, sondern nur auf die Abwicklung bezieht.

Es stehen sich weder zwei selbständige Bereicherungsansprüche zur Abwicklung gegenüber, noch kam es zum gegenseitigen Austausch von Leistungen im Vertrauen auf den Vertrag. Deshalb

174) Die abweichende Entscheidung des Bundesgerichtshofes I v.19.1.51, unten S.163, wurde in der späteren Entscheidung II v.25.6.52, unten S.165, praktisch aufgegeben.

175) So bereits Weintraud S.118 ff.

176) Beide wollen im Rahmen des § 323 III BGB Saldotheorie anwenden. Larenz § 25 II S.228 u.231; Flume S.168 u. Note 144.

177) So schon Weintraud S.118 ff; vgl. A.Blomeyer S.536.

entstand auch keine Grundlage für eine gegenseitige Bindung. Der Bundesgerichtshof hat in einer neueren Entscheidung¹⁷⁸⁾ überraschend klar ausgesprochen: "Die Saldotheorie findet nur Anwendung, wenn beide Teile Lieferungen vorgenommen haben". Er entfernt sich damit vom Ausgangspunkt der Saldotheorie, die nur auf den Umfang des Bereicherungsanspruches abstellte und nähert sich dem hier vertretenen Standpunkt.

Trotzdem sind auch im Rahmen des § 323 III BGB seltene Fälle denkbar, in denen nicht nur von einer Seite Leistungen erbracht sind, sondern schon von beiden Seiten, ohne daß dies zur Vertragserfüllung führte. Es wird etwa nach erbrachter Leistung die Gegenleistung nur zum Teil erbracht und die restliche Gegenleistung wird unmöglich, oder es wird eine Teilleistung erbracht, die der Gläubiger wegen wirtschaftlicher Unteilbarkeit nicht als Teilleistung anzunehmen braucht. In diesen Fällen, die mit der oben behandelten Abgrenzung des Risikos für die Vorbereitung der Leistung nichts gemein haben, versagen die Vertragsregeln. Die Interessenlage unterscheidet sich von der beim nichtigen Vertrag kaum. In solchen Fällen kommen daher die Grundsätze des faktischen Synallagmas für die Abwicklung zur Anwendung. Der Austausch von Leistungen führt zu gegenseitigen Bereicherungsansprüchen, die zum Zwecke der Rückabwicklung des fehlgeschlagenen Vertrages miteinander verknüpft werden.

- b) Die Vorschrift des § 327 2 BGB ist in ihrem Inhalt nicht so zweifelsfrei. Auch hier wird auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verwiesen, und zwar für den Fall, daß bei Geltendmachung des Rücktrittsrechts aus §§ 325, 326 BGB der andere Teil den Rücktritt nicht zu vertreten hat. Folgt man dem Wortlaut in aller Strenge, hat diese Haftungserleichterung aber

178) BGH II v.25.6.52 BB 52, 733, unten S.165.

keinen Anwendungsbereich¹⁷⁹⁾. Es hält daher nur eine Minderzahl an einer wörtlichen Auslegung des § 327 2 BGB fest¹⁸⁰⁾.

Die eigentliche Bedeutung des § 327 2 BGB wird vielmehr in einer entsprechenden Anwendung auf die gesetzlichen Rücktrittsrechte gesucht. Aus § 327 I BGB und anderen entsprechenden Vorschriften (§§ 467, 493, 634, 636 BGB) hat man den Grundsatz abgeleitet, daß auf gesetzliche Rücktrittsrechte die Vorschriften des vertraglichen Rücktrittsrechts nur Anwendung finden können, wenn im Gesetz ausdrücklich darauf verwiesen ist¹⁸¹⁾. Das entspricht der strengen Haftung des vertraglichen Rücktrittsrechts, die sich nur dadurch rechtfertigen läßt, daß der vom Rücktritt Bedrohte die Ungewißheit des Rechtserwerbs freiwillig auf sich genommen hat. Da diese Begründung für die gesetzlichen Rücktrittsrechte nicht zutrifft, sucht man für diese die strenge Haftung aus dem Vertretenmüssen des Rücktritts zu begründen. Dies entspricht einem Großteil der gesetzlichen Rücktrittsrechte, vor allem auch den §§ 325, 326 BGB. Die Vorschrift des § 327 2 BGB wird dabei als Argument benutzt, daß gerade bei fehlendem Vertretenmüssen die Haftung auf Bereicherungsrecht im Sinne einer Haftungserleichterung beschränkt wird¹⁸²⁾.

Auf dieser Grundlage hat das Reichsgericht die Auslegung

179) So bezeichnet es z.B. Staudinger Anm.II, 1 zu § 327 BGB als "rätselhaft, wie eine solche Fallgestaltung denkbar sein soll." Er führt dann zwar § 283 i.V. mit § 325 II BGB oder auch § 364 BGB als Anwendungsfall an, allerdings ohne große Überzeugungskraft. Diese gekünstelten Anwendungsfälle können nicht befriedigen. Soweit ersichtlich hat die Rechtsprechung keinen wörtlich unter § 327 2 BGB passenden Fall entschieden.

180) Larenz § 25 II S.228; Boehmer JZ 52, 588, der den Charakter als allgemeine Regel ausdrücklich ablehnt.

181) Palandt Anm.2 zu § 327 BGB; Larenz § 25 II S.228; Enneccerus-Lehmann § 38 II S. 159 u. § 53 V S.223.

182) Daß dies eine Beschränkung der Haftung darstellt, ergibt sich aus einem Vergleich der Normen §§ 347 2, 987 II, 989 einerseits und § 818 II und III BGB andererseits. Hierzu auch v.Caemmerer Rabelf.S.342.

des § 327 2 BGB entwickelt¹⁸³⁾. In den beiden ersten Entscheidungen hatte das Reichsgericht über die Rechtsfolgen eines gesetzlichen Rücktrittsrechts zu entscheiden. Aufgrund einer Verordnung zur Stabilisierung der Währung vom 29.10.1923 (RGBl.II, 406) konnte sich das Reich im Jahre 1923 von Verbindlichkeiten befreien, die es während der Inflation eingegangen war. Dem Reich war in dieser Verordnung ein Rücktrittsrecht eingeräumt, ohne daß dessen Durchführung oder Rechtsfolgen näher bestimmt waren. Der Vertreter des Reiches klagte in beiden Fällen auf Rückzahlung geleisteter Anzahlungen, die bei den Rücktrittsgegnern von der Geldentwertung erfaßt worden oder weggefallen waren. Das Reichsgericht entschied sich für Bereicherungshaftung unter voller Berücksichtigung der Geldentwertung. Da die Rücktrittsgegner den Rücktritt des Reiches nicht zu vertreten hatten, sollte ihnen die strenge Haftung der §§ 346 ff. BGB nicht auferlegt werden. Beide Entscheidungen stützen sich hilfsweise bereits auf § 327 2 BGB, der als allgemeiner Grundsatz für alle gesetzlichen Rücktrittsrechte Anwendung finde. Hierbei waren aber noch die Parteirollen des § 327 2 BGB gewahrt, da die Haftungserleichterung in beiden Fällen zugunsten des Gegners des Rücktrittsberechtigten wirkte.

Erst in der Entscheidung vom 24.10.1930¹⁸⁴⁾ dehnte das Reichsgericht diese Vorschrift auf beide Vertragspartner aus. Infolge der Inflation war ein Lieferungsvertrag für den Lieferanten untragbar geworden, sodaß er nach vergeblich verlangter Preiserhöhung vom Vertrag zurückgetreten war (auf der Grundlage der *clausula rebus sic stantibus*). Die vom Lieferanten empfangene Anzahlung war der Geldentwertung zum Opfer gefallen. Hier nun entwickelte das Reichsgericht, daß § 327 2 BGB auch auf den Zurücktretenden selbst anwendbar sei und begründete das mit dem allgemeinen Charakter

183) RG II v.29.10.23, RGZ 116, 377 ff; RG II v.11.10.27, RGZ 118, 185 = JW 28, 57 (Nr.8) s.u.S.160; diese beiden Entscheidungen konnten sich noch auf die Protokolle stützen (P I, 652). RG II v.24.10.30, RGZ 130, 119 geht weiter und wurde vom Bundesgerichtshof II v.14.6.52, BGHZ 6, 227 ausdrücklich bestätigt.

184) RGZ 130, 119.

dieser Vorschrift. Der gesetzgeberische Zweck sei in erster Linie, unbillige Härten zu vermeiden. Da der Lieferant die grundstürzende Veränderung der Währungsverhältnisse nicht zu vertreten habe, hafte er nur nach Bereicherungsrecht. Der Wegfall der Bereicherung durch die Geldentwertung fand volle Berücksichtigung.

Diese Ansicht des Reichsgerichts hat sich, soweit die Literatur überhaupt auf diesen Fall eingeht, größtenteils durchgesetzt¹⁸⁵⁾. Danach ist § 327 2 BGB eine Regel allgemeinen Inhalts, die ohne Berücksichtigung der Parteirolle auf Rücktrittsberechtigten und auf Rücktrittsgegner Anwendung findet, soweit eine dieser Parteien bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht den Rücktritt nicht zu vertreten hat.

Die wahre Bedeutung dieses Satzes hat in letzter Zeit Ernst Wolf¹⁸⁶⁾ mit überzeugenden Argumenten zu Ende gedacht. Geht man nämlich davon aus, daß bei den gesetzlichen Rücktrittsfällen die Vorschriften des vertraglichen Rücktrittsrechtes nur Anwendung finden, wenn und weil der Rücktrittsgegner den "Rücktrittsgrund" zu vertreten hat, dann beschränkt sich der Inhalt der allgemeinen Regel des § 327 2 BGB darauf, daß der Rücktrittsberechtigte selbst in aller Regel nur nach Bereicherungsrecht haftet. Denn beim Rücktrittsgegner tritt selten ein Fall ein, daß er das gesetzliche Rücktrittsrecht nicht zu vertreten hätte, während der Rücktrittsberechtigte

185) RGRKomm.Anm.2 zu § 327; Enneccerus-Lehmann § 53 V S.220; Palandt Anm.2 zu § 327; BGH II v.14.6.52 BGHZ 6, 227.

Anderer Ansicht soweit ersichtlich nur Larenz § 25 2 S.228 und Boehmer JZ 52, 588. Boehmer erkennt die Konsequenz, die Wolf gezogen hat, lehnt sie aber ab. Vgl. auch den Streit um die Entscheidung des Bundesgerichtshofes I v.28.3.52 BGHZ 5, 337 ff. = JZ 52, 527 = NJW 52, 778 = MDR 52, 512; hierzu Werner NJW 52, 930; Boehmer JZ 52, 521 u.588; 53, 392; Mezger JZ 52, 67; NJW 53, 812.

186) AcP 153, 97 ff.

ihn nie zu vertreten hat¹⁸⁷⁾.

Die Konsequenz ist von erheblicher Bedeutung, zumal für die häufiger vorkommenden gesetzlichen Rücktrittsrechte. Sie scheint aber nach dem Standpunkt des Reichsgerichtes, der von Wolf nur zu Ende gedacht wurde, unvermeidlich. Sie dürfte dem vom Reichsgericht richtig erkannten gesetzgeberischen Grund am meisten entsprechen, daß nämlich der Teil, der den Rücktritt nicht zu vertreten hat, nicht mit der strengen Haftung der §§ 346 ff. BGB belastet werden soll. Die Vorschrift wäre damit auf ihren wahren Anwendungsbereich mit praktischer Bedeutung zurückgeführt. Auf die Entstehungsgeschichte könnte sie sich allerdings nicht mehr stützen. Ein weiteres Eingehen auf die konstruktiven Fragen des Rücktrittsrechts, die mit dem hier behandelten Problem in engen Zusammenhang stehen, ist in diesem Rahmen nicht möglich¹⁸⁸⁾.

Soweit gesetzliche Rücktrittsrechte vorliegen, bei denen auf keiner Seite ein Vertretenmüssen infrage steht, wie etwa bei einem Rücktritt aufgrund der clausula rebus sic stantibus oder der oben erwähnten Verordnung zur Sicherung der Währung, kann infolgedessen nicht (vertragliches) Rücktrittsrecht sondern muß Bereicherungsrecht für die Abwicklung Anwendung finden. Das ergibt sich einmal aus dem Erfordernis der ausdrücklichen Verweisung auf das vertragliche Rücktrittsrecht und zum anderen aus dem Erfordernis des Vertretenmüssens des "Rücktrittsgrundes". Hierbei sind Fallgestaltungen denkbar, bei denen sich gegenseitige Bereicherungsansprüche ergeben. Insoweit kann dann auch die Saldotheorie Anwendung finden bzw. eine Verknüpfung der beiden Ansprüche durch faktisches Synallagma zu bejahen sein. Denn

187) Wolf S.98. Die Fälle der §§ 283, 361 BGB, § 376 HGB läßt Wolf a.a.O. nicht als Ausnahmen gelten, da er den Begriff des Vertretenmüssens weiter faßt. Jedenfalls bilden sie aber die Ausnahme von der Regel; liegt eine der Ausnahmen vor, so bestehen keine Bedenken, die Grundsätze des faktischen Synallagmas anzuwenden (vgl. die folgenden Ausführungen).

188) Wolf, S.103, schließt sich der Meinung Stolls in LZ 23, Sp.532 an, wonach der Rücktritt das Vertragsverhältnis nicht aufhebt, sondern nur umgestaltet.

diese Fälle unterscheiden sich von den übrigen Abwicklungsverhältnissen, bei denen der Vertrag nachträglich wegfällt, nicht wesentlich¹⁸⁹⁾.

Anders dagegen verhält es sich mit den Anwendungsfällen des § 327 2 BGB, bei denen die Haftung nur für eine Seite erleichtert wird, während der andere Teil nach Rücktrittsrecht weiter haftet. In diesen Fällen stehen sich ein Anspruch auf Rückgewähr aus dem Rücktritt und ein Bereicherungsanspruch gegenüber, die weder nach Saldotheorie noch nach der hier vertretenen Ansicht miteinander verknüpft werden können. Eine Verknüpfung würde die ausdrücklich gewollte Haftungserleichterung illusorisch machen und in das Gegenteil verkehren. Für eine gegenseitige Bindung ist neben den Regeln des Rücktritts daher kein Raum.

Dieses Ergebnis entspricht dem für § 323 III BGB dargestellten. Danach ist bei den beiden behandelten Verweisungsfällen nur auf den Umfang des Bereicherungsanspruches im Sinne einer Haftungserleichterung, nicht aber auf die besondere Art der Abwicklung, wie sie die Saldotheorie oder die hier vertretene Bindung durch das faktische Synallagma im Auge haben, verwiesen¹⁹⁰⁾. Durch die Anwendung von Bereicherungsrecht können sich jedoch (ausnahmsweise) Fälle ergeben, in denen zwei Bereicherungsansprüche einander gegenübertreten. Da der Vertrag auch als fehlgeschlagen bezeichnet werden kann, ist die Interessenlage dieselbe wie beim schuldrechtlich unwirksamen, beiderseits erfüllten Vertrag. Es bestehen dann keine Bedenken, die Grundsätze des faktischen Synallagma auch hierauf anzuwenden.

10. Damit ist das Anwendungsgebiet für die Bindungswirkung des faktischen Synallagmas abgegrenzt. Es ist auf die Ansprüche aus fehlgeschlagenen gegenseitigen Verträgen beschränkt. Um die Ausführungen nicht unnötig zu komplizieren, wurden bisher innerhalb dieser Gruppe Unterscheidungen nicht gemacht;

189) Wolf S.119 lehnt zwar Saldotheorie ab, da nach der von Stoll übernommenen Theorie der Vertrag noch weiter bestehe. Hier aber dürfte die Abwicklung nach Vertragsrecht von der mit synallagmatischer Bindung kaum abweichen; die Fortwirkung des Vertrages, wie Stoll sie vertrat, rechtfertigt vielmehr diese synallagmatische Bindung.

190) Im Ergebnis übereinstimmend: Weintraud S.123.

nur das besondere Problem der Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut fand bereits Erwähnung.

- a) Innerhalb der Gruppe der gegenseitigen Leistungskondiktionen, die vom faktischen Synallagma erfaßt werden, sind nun aber ebenfalls Unterscheidungen möglich. Die Begründung der gegenseitigen Bindung aus dem faktischen Leistungsaustausch bietet Raum für eine differenzierende Betrachtung. Der Saldotheorie mit ihrer unterschiedslosen Gesamtberücksichtigung aller Umstände war dies nicht möglich. Vor allem die Verschiedenheit der Gründe, die die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrags herbeiführen, kann jetzt berücksichtigt werden. Nicht alle Nichtigkeitsgründe wirken auf das Schuldverhältnis und damit auch auf das tiefer liegende faktische Band des Leistungsaustausches in gleicher Weise ein. Deshalb werden die Erkenntnisse der Rechtsprechung nach den Arten dieser Mängel aufgeschlüsselt und in Gruppen zusammengefaßt werden¹⁹¹⁾.
- b) Dabei hebt sich eine Gruppe besonders deutlich heraus, bei der die Rechtsprechung einheitlich von den Grundsätzen der Saldotheorie abweicht. Es handelt sich um stets ähnlich liegende Fälle der Veräußerung von Grundstücken¹⁹²⁾: Der Käufer eines Grundstücks wird beim Vertragsabschluß arglistig getäuscht. Das übereignete Grundstück befindet sich nunmehr in der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, kann also im Zeitpunkt der Anfechtung nicht mehr herausgegeben werden. Trotzdem hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung dem klagenden Käufer den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegeben und dem Beklagten die Berufung auf die erbrachte Leistung in Form des Grundstücks verweigert. Mit der Saldotheorie läßt sich das nicht in Einklang bringen. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte¹⁹³⁾ schlägt daher vor, bei arglistiger Täuschung stets Deliktsrecht zur Anwendung zu bringen, § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB. Für den deliktischen Anspruch gibt es keine Anrechnung der Gegenleistung.

191) s.u. zweiter Teil S.94 ff.

192) s.u.S.131.

193) Vorbem. 5 d vor § 812 S.644 unten; so auch Baer SS300; dagegen Steller S.53.

Diese Auffassung stellt zwar einen praktischen Ausweg dar. Warum die Saldotheorie auf diese Fälle aber keine Anwendung findet, ist damit noch nicht begründet.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus ist die Praxis des Reichsgerichts voll zu rechtfertigen. Dabei ist die Verweigerung der Berücksichtigung der Gegenleistung nicht auf diese Grundstücksfälle zu beschränken, sondern muß für alle Fälle der arglistigen Täuschung gelten¹⁹⁴⁾. Die Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung beschränkt sich nicht auf den schuldrechtlichen Vertrag. Sehr oft werden die dinglichen Geschäfte von der Anfechtung mit ergriffen¹⁹⁵⁾. Das läßt den Schluß zu, daß damit auch das gegenseitige Vertrauensverhältnis weitgehend erschüttert ist. Der Gesetzgeber nimmt es sehr ernst mit dem Schutz der Willensfreiheit vor rechtswidriger Beeinflussung. Man muß deshalb sagen, daß die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung sich auch auf die Bindung durch das faktische Synallagma erstreckt. Die Vertrauensgrundlage für den Leistungsaustausch und die daraus resultierenden Wirkungen werden durch die Anfechtung mit beseitigt. Eine Willenserklärung, die durch rechtswidrige Beeinflussung des Willens zustande kam, soll auch nicht auf dem Umweg über die Bestärkung dieses Willens durch eine Leistungshandlung aufrecht erhalten werden. Der Sache nach stimmt dies weitgehend mit Flume¹⁹⁶⁾ überein.

Die Bereicherungsansprüche bleiben in diesem Falle selbständig, es tritt keine Verknüpfung ein. Für eine allenfalls

194) Für die übrigen Fälle der arglistigen Täuschung außer den Grundstücksfällen ist die Praxis des Reichsgerichts nicht ganz einheitlich; vgl. unten S.139 u.S.142.

195) Enneccerus-Nipperdey § 203 II 3 u. Note 11 S.876.

196) a.a.O. S.173, der allerdings zu einer einseitigen Bindung des Täuschenden kommt. Das entspricht seiner Ansicht, "daß sich die Bereicherung insofern nicht vermindern kann" sobald etwas versprochen ist als Gegenleistung. Der Täuschende wird sozusagen an seinem Versprechen festgehalten. Nach dem hier vertretenen Standpunkt kann sich die gegenseitige Bindung aber nur bei der Abwicklung äußern, nicht in einer einseitigen Bindung. Reicht der Bereicherungsanspruch nicht aus, muß ergänzend auf das Deliktsrecht zurückgegriffen werden.

mögliche Aufrechnung gleichartiger Ansprüche ist § 393 BGB zu berücksichtigen. Daneben bleibt dem Getäuschten noch der Anspruch auf Schadensersatz.

Flume¹⁹⁷⁾ will überhaupt die Willensmängel beim Vertrag derart berücksichtigen, daß sie das Zustandekommen einer Bindungswirkung ausschließen. Das entspricht seinem Ausgangspunkt der Willenseinigung als der alleinigen Grundlage der gegenseitigen Bindung. Demgegenüber wird hier der gegenseitige Leistungsaustausch als faktisches Element mit zugrunde gelegt. Nur bei einer so starken Beeinträchtigung der Freiheit des Willens wie bei der arglistigen Täuschung, kann der Mangel auch das faktische Element beeinflussen. Bei Dissens oder Irrtum ist der Mangel nicht als so schwerwiegend anzusehen, daß nicht eine gegenseitige Verknüpfung der Bereicherungsansprüche eintreten könnte.

Die Rechtsprechung bietet hierfür nicht viel Material; vor allem das Verhältnis zwischen der Saldotheorie und dem Ersatz des negativen Interesses gem. § 122 BGB kann nicht als geklärt betrachtet werden. Nach dem hier vertretenen Standpunkt stünde der Ersatz des negativen Interesses als selbständiger Anspruch neben einer allfälligen Rückabwicklung.

- c) Eine weitere Gruppe muß neu zur Diskussion gestellt werden. Bei Verträgen von Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen hat die Praxis stets die Saldotheorie angewendet und sich auch ausdrücklich dafür entschieden¹⁹⁸⁾. Solange die Saldotheorie nur den Umfang des Bereicherungsanspruchs zu bestimmen glaubte, blieb ihr kaum eine Möglichkeit zur abweichenden Behandlung dieser Personengruppen. Denn die wirtschaftliche Betrachtung der noch vorhandenen Bereicherung konnte auf die Person des Vermögensinhabers keine Rücksicht nehmen. Dagegen haben sich zahlreiche Angriffe gerichtet¹⁹⁹⁾. Die dabei mit angegriffene Unterscheidung zwischen der Gruppe der beschränkt Geschäftsfähigen und der Gruppe der Geschäfts-

197) a.a.O. S.173.

198) Unten Gruppe der Rechtsprechung S.145; hierzu Baer S.298.

199) Oertmann DJZ 1915, 1063; Flume S.174; vgl.auch oben Note 65.

unfähigen wurde bereits als ein Problem des Zusammenhangs zwischen Rechtsgutkondition und Eigentumsherausgabeanspruch behandelt. Gerade aber wenn man eine Einordnung auch der dinglichen Ansprüche in das faktische Synallagma bejaht, ergibt sich das Problem des Schutzes dieser Personengruppe mit besonderer Dringlichkeit. Denn es kann nicht übersehen werden, daß die vom Gesetzgeber angeordnete Nichtigkeit aller Willenserklärungen der Geschäftsunfähigen zum Schutze dieser Personengruppe dienen soll. Durch die Saldotheorie wird dieser Schutz aber weitgehend illusorisch, da die Geschützten auf dem Weg über die Verknüpfung der Ansprüche am Vertrag festgehalten werden.

Es ist fraglich, ob die vom beschränkt Geschäftsfähigen oder Geschäftsunfähigen vorgenommene Leistungshandlung zusammen mit der unwirksamen Einigung eine genügende Grundlage zur Bejahung eines faktischen Synallagmas darstellt. Bei der faktischen Gesellschaft²⁰⁰⁾ wurde diesen Mängeln stets derartige Bedeutung zugemessen, daß eine Abwicklung nach Bereicherungsrecht, nicht nach Gesellschaftsrecht erfolgte. Der Mangel war also imstande, das Entstehen einer faktischen Gesellschaft zu verhindern. Auf das Element der freiwilligen Einordnung in eine Leistungsbeziehung kann kaum verzichtet werden, wie oben zu § 123 BGB ausgeführt wurde. Hat der Geschäftsunfähige bzw. der beschränkt Geschäftsfähige die rechtliche Fähigkeit, sich wirksam einzuordnen? Haupt²⁰¹⁾ läßt es davon abhängen, ob bei dem betreffenden Lebensvorgang nach Lage der Dinge der von der Rechtsordnung beigelegten Fähigkeit zur verbindlichen Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse Bedeutung zugemessen werden kann. Das wirft die Frage nach einem natürlichen Willen auf, der zur Herbeiführung der synallagmatischen Bindung ausreichen könnte. Betrachtet man aber den grundsätzlichen Schutz dieser Personengruppen, der von nur wenigen Ausnahmen durchbrochen wird, so erscheint die Möglichkeit eines solchen rechtserheblichen natürlichen Willens sehr fraglich. Auch der Schutz des gutgläubigen Verkehrs wurde vom Gesetzgeber dem Schutz der Geschäftsunfähigen und be-

200) Hueck S.55.

201) a.a.O. S.31.

schränkt Geschäftsfähigen nicht vorgezogen; einen gutgläubigen Erwerb von Minderjährigen kennt das Gesetz nicht. Es ist für den beschränkt Geschäftsfähigen auch zu bedenken, daß die Bindung im faktischen Synallagma ein oneroses Rechtsgeschäft im Sinne des § 108 BGB darstellen würde. Denn durch die Bindungswirkung tritt zugleich ein Risikoübergang auf den beschränkt Geschäftsfähigen ein. Es ist daher grundsätzlich eine Bindung der beschränkt Geschäftsfähigen und Geschäftsunfähigen durch den Austausch der Leistungen abzulehnen; es treten für diese Personengruppen die Wirkungen des faktischen Synallagmas nicht ein.

11. Die Auswirkungen der Bindung durch faktisches Synallagma decken sich also zwar weitgehend mit den praktischen Ergebnissen der Saldotheorie, nicht aber in allen Einzelheiten. Auf einige Einzelfragen ist noch einzugehen.

a) Für die Rückabwicklung ergeben sich Unterschiede daraus, daß aus dem fehlgeschlagenen Geschäft nicht der Gesamtsaldo gezogen wird, der zu nur einem Bereicherungsanspruch führt. Es entstehen vielmehr zwei selbständige Bereicherungsansprüche, die lediglich für die Abwicklung miteinander verknüpft werden.

Soweit die Bereicherungsansprüche ihrem Gegenstand nach gleichartig sind (also etwa auf Geldleistung gerichtet), können sie gegeneinander aufgerechnet werden. Darüber hinaus wirkt sich die gegenseitige Abhängigkeit nicht nur in einem Zurückbehaltungsrecht aus, sondern auch in einer, dem Rechtsgedanken des § 320 BGB entsprechenden, Einrede. Der Bereicherte kann die Herausgabe des Empfangenen solange verweigern, bis er die seinerseits erbrachte Leistung zurückbekommt. Für die Geltendmachung im Prozeß gilt entsprechendes. Die Einrede, daß der Gegner seinerseits die empfangene Leistung noch nicht herausgegeben habe, bedarf der Geltendmachung²⁰²⁾.

202) Während die Saldotheorie zu einer Einwendung kam, vgl. Weintraud S.23 ff u. S.84 ff.

Die Durchführung der Rückabwicklung erfolgt durch Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe des Empfangenen Zug um Zug gegen Rückgabe des vom Kläger Empfangenen²⁰³⁾.

b) Wie oben²⁰⁴⁾ ausgeführt wurde, kann die Saldotheorie im Konkurs des Schuldners eine Sicherung des Gläubigers über § 55 KO hinaus bewirken. Auch das faktische Synallagma führt zu einer solchen Sicherung. Vergewärtigt man sich, daß die Rückabwicklung des fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages durch Bereicherungsansprüche stattfindet, die miteinander verknüpft sind wie die Leistungsansprüche des wirklichen gegenseitigen Vertrages, so liegt die Anwendung des § 17 KO sehr nahe. Denn § 17 KO ist Ausdruck des Synallagma- oder auch Äquivalenz-Gedankens im Konkurs. Dem entspricht auch, daß nach überwiegender Meinung die Ansprüche aus anderen Rückabwicklungsverhältnissen wie Rücktritt oder Wandlung unter § 17 KO gebracht werden²⁰⁵⁾. Allein diese Behandlung wird auch der inneren Bindung der Bereicherungsansprüche gerecht. Der Konkursverwalter kann eine von ihm erbrachte Leistung nur herausverlangen, wenn er das vom Gemeinschuldner bzw. von der Masse Erlangte auch herausgibt; auf die Konkursquote kann er den Vertragspartner wegen seines Rückforderungsanspruches nicht verweisen.

c) Bezüglich der Wertverhältnisse der Leistungen zueinander weist die Bindung durch faktisches Synallagma keine Unterschiede gegenüber der Saldotheorie auf. Die Bereicherungsansprüche richten sich jeweils auf den wirklichen Wert der geleisteten Sache. Dieser wirkliche Wert ist normalerweise zurückzuerstatten, wenn die Sache selbst nicht mehr vorhanden ist. Dabei bildet der vereinbarte Kaufpreis die Höchstgrenze dessen, wofür der Empfänger einzustehen hat. Der Gewinn aus dem Geschäft fällt mit dem unwirksamen Kaufvertrag

203) So auch die Saldotheorie, Weintraud S.84 ff.

204) S.16.

205) Jaeger, Komm. zur Konkursordnung, Anm.19 zu § 17 KO; Böhle-Stamschräder, Anm.2 zu § 17.

Mentzel-Kuhn, Kommentar, Anm.1 und 4 zu § 17 KO.

Dazu RGZ 66, 68 zustimmend; RGJR 1927, Nr.574 lehnte ab für den anders liegenden Fall des Wiederkaufsvorbehalts.

dahin, auf ihn besteht kein Anspruch²⁰⁶⁾.

Hat etwa K von V zehn Brillantringe zum Preise von je 100.--DM gekauft, deren Wert aber nur je 50.--DM beträgt und verliert K fünf Ringe, ergibt sich die Frage, was V dem K herausgeben muß. V hat die 1000.--DM empfangen; er hat Anspruch auf Rückgabe der zehn Ringe. Wenn K aber nur noch fünf Ringe zurückgeben kann, darf V nicht für jeden fehlenden Ring 100.--DM absetzen sondern nur den wirklichen Wert. Denn auf den Geschäftsgewinn besteht kein Anspruch. Das faktische Synallagma wirkt auch nicht im Sinne einer Wertfixierung (die der Aufrechterhaltung des Vertrages sehr nahe käme), sondern dient nur der Rückabwicklung. Für diese ist aber der wirkliche Wert der Leistungen maßgeblich. K bekommt daher nicht nur die Hälfte des Kaufpreises, wenn er die Hälfte der Ringe zurückgibt, sondern den Betrag von 750.--DM.

12. An einem praktischen Beispielsfall seien die Unterschiede und Übereinstimmungen der verschiedenen Theorien noch einmal zusammenfassend dargestellt.

Der bevollmächtigte Vertreter B des Verkäufers V verkauft einen Gebrauchtwagen, dessen wirklicher Wert sich nach der amtlichen Schätzung auf 3000.--DM beläuft, an den Käufer K. Das Auto wird geliefert und der Kaufpreis wird bezahlt. Der Kaufvertrag ist nichtig gemäß § 139 BGB, weil er untrennbar mit einem anderen Vertrag zusammenhängt, der seinerseits wegen Dissenses nichtig ist. Dieser Fall soll nun variiert werden.

- a) Der Kaufpreis beträgt 3000.--DM und entspricht damit dem wirklichen Wert des Wagens. Sind sowohl Wagen wie Kaufpreis noch voll vorhanden, so werden die Leistungen ruckausgetauscht, wobei alle Theorien zum selben Ergebnis kommen.

Unterschiede entstehen aber, wenn bei einem der Partner das Empfangene beschädigt wird oder untergeht. K. erleidet einen Unfall mit dem Wagen, bei dem dieser praktisch wertlos wird.

206) Flume S.166/167
A.Blomeyer S.539.

Verlangt K von V den Kaufpreis zurück, dann muß nach der Zweikondiktionentheorie V dem K die 3000.--DM herausgeben.

Nach der Saldotheorie wird bei der Bereicherung des V durch den Kaufpreis in Höhe von 3000.--DM die Lieferung des Wagens im ursprünglichen Wert von 3000.--DM berücksichtigt²⁰⁷⁾.

V braucht daher, da er per Saldo nicht bereichert ist, den Kaufpreis nicht herauszugeben.

Flume²⁰⁸⁾ käme zum selben Ergebnis mit der Begründung, daß K die vermögensmässige Entscheidung getroffen habe, den Wagen in seinem Vermögen zu haben und er deshalb auch das Risiko hierfür tragen müsse.

Nach der hier vertretenen Ansicht stünden die beiden Bereicherungsansprüche in faktischem Synallagma. K kann von V nur den Kaufpreis herausverlangen, wenn er den vollwertigen Wagen zurückgeben kann. Ist K dazu nicht bereit oder nicht in der Lage, hat V eine dem Grundgedanken des § 320 BGB entsprechende Einrede.

Gleiche Erwägungen gelten, wenn bei K der Wagen noch vorhanden ist, bei V aber die Bereicherung durch den erlangten Kaufpreis wegfällt, indem etwa der Bevollmächtigte B das Geld unterschlägt oder die Bank, auf die der Kaufpreis einbezahlt wird, in Konkurs fällt.

Die Zweikondiktionentheorie, die eine Verknüpfung der Bereicherungsansprüche nicht kennt, billigt V wieder einen Anspruch auf Herausgabe des Wagens zu. Die Saldotheorie käme zum selben Ergebnis wie in der vorhergehenden Variante, denn K wäre per Saldo nicht bereichert. Auch die Bindung durch faktisches Synallagma würde zu dem Ergebnis führen, daß V den Wagen nicht herausverlangen kann. Allerdings hat dabei K nur eine Einrede, daß V seinerseits das Empfangene zurückgeben muß. Wendet V aus seinem sonstigen Vermögen 3000.--DM auf, so muß K den Wagen herausgeben. K kann aber nicht von V verlangen, daß V den Wagen zurücknimmt und aus seinem Vermögen den Wagen bezahlt²⁰⁹⁾. Denn die Bindung durch fakti-

207) Vgl. oben S. 13 und 22.

208) Vgl. oben S.40.

209) Vgl. oben S.54/55.

ches Synallagma berücksichtigt grundsätzlich den Wegfall der Bereicherung und verweigert die Berücksichtigung nur unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Abhängigkeit der Ansprüche.

- b) Fallen bei K und V die empfangenen Leistungen weg, so erfolgt keine Rückabwicklung.

Entstehen aber nur Verminderungen der Bereicherung, dann ist zu unterscheiden. K hat für den Wagen 3500.--DM bezahlt, er kann den Wagen nicht zurückgeben. Nach der Zweikonditionen-theorie bekäme er von V 3500.--DM. Nach der Saldotheorie und auch bei Anwendung der Grundsätze des faktischen Synallagma bekommt er von V 500.-- DM. Die Saldotheorie berechnet den Zugang im Vermögen des V durch den Kaufpreis in Höhe von 3500.-- DM, wovon der Wagen mit 3000.-- DM abzusetzen ist. Es bleibt also ein Saldo von 500.-- DM, und K hat in dieser Höhe einen Anspruch gegen V. Nach den Grundsätzen des faktischen Synallagmas hatte V zwar einen Gegenanspruch in Höhe von 3000.-- DM gegen K; der Anspruch des K gegen V richtet sich aber auf 3500.-- DM, so daß K der Anspruch auf die Differenz von 500.-- DM bleibt.

Nun hat K den Wagen unter dem Wert mit 2500.-- DM bezahlt und kann ihn nicht mehr herausgeben. Hier berücksichtigt die Saldotheorie, daß im Vermögen des K eine Bereicherung nicht mehr vorhanden ist. Zwar hat er eine Leistung im Wert von 3000.--DM empfangen; diese ist aber weggefallen. Dieser Wegfall ist auch bei der Bindung durch faktisches Synallagma zu berücksichtigen, K braucht daher nichts herauszugeben²¹⁰⁾.

Nun hat K den Wagen für 2500.-- DM gekauft, aber ungünstig für nur 2000.-- DM weiterverkauft. Nach der Saldotheorie könnte weder K von V noch V von K etwas herausverlangen. Bei K ergibt sich der Saldo durch die Bereicherung in Form des Weiterverkaufspreises mit 2000.-- DM (das ist alles, was von dem Empfang im Vermögen noch vorhanden ist); dem steht die Zahlung der 2500.-- DM an V gegenüber, so daß K per Saldo

210) Vgl. oben S.54/55.

nicht bereichert ist. V hat 2500.-- DM empfangen und den Wagen im Wert von 3000.-- DM hingegeben, ist also auch nicht bereichert.

Bei der Bindung durch faktisches Synallagma müßte V den empfangenen Kaufpreis nur gegen Rückgabe des Wagens (im Wert von 3000.-- DM) herausgeben; das ist K nicht mehr möglich und er hat auch kein Interesse daran. K müßte dem V den empfangenen Wagen an sich gegen Rückzahlung der 2500.-- DM herausgeben; dies kann er aber nicht mehr, deshalb unterbleibt eine Rückabwicklung. Das Risiko des ungünstigen Weiterverkaufs trägt also K²¹¹⁾. Flume²¹²⁾ kommt zum selben Ergebnis.

Nun erleidet K einen Unfall, bei dem der Wagen so beschädigt wird, daß sich sein Wert nur noch auf 500.-- DM beläuft. Der Kaufpreis betrug 3000.-- DM. Nach der Saldotheorie ist V durch den Empfang von 3000.-- DM bereichert, die Bereicherung ist durch Lieferung des Wagens weggefallen. K hätte danach gegen V keinen Bereicherungsanspruch. Trotzdem würde wohl auch die Saldotheorie zu einer teilweisen Rückabwicklung kommen, so daß K den dem jetzigen Wert des Wagens entsprechenden Teil des Kaufpreises zurückbekäme²¹³⁾. Nach der hier vertretenen Ansicht kämen die Rechtsgedanken der teilweisen Unmöglichkeit zum Zuge²¹⁴⁾, so daß, wenn V die Rücknahme zumuten wäre, K den entsprechenden Teil des Kaufpreises zurückbekäme.

- c) Nun erfolgt der Unfall nicht durch Zufall, sondern weil der Wagen nicht fahrsicher ist (es funktioniert nur eine Bremse), was dem V zwar, aber nicht dem K bekannt ist. Nach der Saldotheorie ändert das nichts am Ergebnis; V braucht nur gegen Rückgabe des vollwertigen Wagens den empfangenen Kaufpreis zurückzugeben. Im Ergebnis hat das Reichsgericht allerdings einen entsprechenden Fall, trotz des Bekenntnisses zur Saldo-

211) Vgl. oben S.54.

212) Vgl. oben S.41.

213) allerdings nicht ganz ohne Zweifel, vgl. oben S.20.

214) Vgl. oben S.54.

theorie, anders entschieden²¹⁵⁾.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist zu berücksichtigen, daß der Unfall durch einen Sachmangel des Wagens verursacht wurde. V hat diesen Sachmangel und damit zugleich auch die Unmöglichkeit der Rückgabe durch K zu vertreten²¹⁶⁾. Denn nach dem dem § 324 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken des venire contra factum proprium muß V das Risiko dafür tragen, daß K den Wagen nicht mehr zurückgeben kann. V muß daher dem K den empfangenen Kaufpreis zurückgeben und erhält selbst nur, was von dem Wagen noch vorhanden ist.

Gleiches muß nach der hier vertretenen Ansicht gelten, wenn K dem V die Rückgabe des Wagens angeboten, V aber die Annahme verweigert hat. Wird nunmehr bei K das Auto gestohlen, muß V diesen Schaden tragen, da er sich in Annahmeverzug befand (Rechtsgedanken des § 324 II BGB). V kann sich nicht darauf berufen, daß er den empfangenen Kaufpreis nur gegen Rückgabe des vollwertigen Wagens zurückzuerstatten habe.

- d) Nun kauft K den Wagen auf Kredit und vor der Zahlung geht der Wagen unter. Die Saldotheorie läßt K frei werden; denn er hat zwar den Wagen empfangen; diese Bereicherung ist aber wieder weggefallen. Für eine Anrechnung ist kein Raum. Flume²¹⁷⁾ geht dagegen davon aus, daß, nachdem K die vermögensmäßige Entscheidung getroffen habe, den Wagen in seinem Vermögen zu haben, das Schicksal der Sache den Bereicherungsanspruch des V nicht mehr beeinflussen könne. Der Wegfall der Bereicherung wird von Flume daher nicht berücksichtigt, so daß K dem V in Höhe des ursprünglichen Wertes des Wagens haftet.

Nach der hier vertretenen Ansicht bedarf das faktische Synallagma zu seiner Entstehung nicht nur der (unwirksamen) Einigung, sondern auch der tatsächlichen Bestätigung durch gegenseitigen Leistungsaustausch²¹⁸⁾. Der Wegfall der Bereicherung bei K muß daher berücksichtigt werden.

215) RGZ 94, 253 unten S.120.

216) Vgl. oben S.56 f.

217) Vgl. oben S.58 ff.

218) Vgl. oben S.60/61.

e) Nun fällt V in Konkurs, nachdem die beiderseitigen Leistungen erbracht sind. Nach der Saldotheorie kann der Konkursverwalter den Wagen von K nur herausverlangen, wenn er ihm den vollen Kaufpreis zurückerstattet²¹⁹⁾. Die Gesamtberücksichtigung aller Umstände bei K ergibt, daß die Bereicherung in Form des Empfangs des Wagens durch die Zahlung des Kaufpreises wieder weggefallen ist. Weil aber auch bei der Saldotheorie die noch mögliche Rückabwicklung den Vorrang hat, müßte K gegen Rückgabe des Kaufpreises den Wagen herausgeben. Nach den Grundsätzen des faktischen Synallagmas fallen die beiderseitigen Bereicherungsansprüche unter § 17 KO, da sie in gegenseitiger Abhängigkeit stehen²²⁰⁾. Wählt der Konkursverwalter die Rückabwicklung, muß er den vollen Kaufpreis herausgeben und kann K nicht für seinen Bereicherungsanspruch auf die Konkursquote verweisen.

Zu letzterem Ergebnis käme nur die Zweikondiktionentheorie.

f) Nun wird K beim Abschluß des Kaufvertrages von V über die Fahrsicherheit des Wagens getäuscht. Der Wagen geht infolgedessen bei einem Verkehrsunfall unter. Verlangt K nach Anfechtung des Vertrages von V seinen Kaufpreis zurück, so ist zu unterscheiden: Die Saldotheorie berücksichtigt den durch V empfangenen Kaufpreis als seine Bereicherung, die aber durch die Hingabe des gleichwertigen Wagens wieder weggefallen ist. Die Saldotheorie kennt keine Unterscheidung nach dem Mangel des Vertrages, da sie nur auf dem Umfang des Bereicherungsanspruches aufbaut²²¹⁾. Um den betrogenen K trotzdem nicht zu benachteiligen, muß sie Deliktansprüche zu Hilfe nehmen.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Bindung durch faktisches Synallagma von der Anfechtung miterfaßt worden und ist daher weggefallen²²²⁾. K kann von V seinen vollen Kaufpreis herausverlangen, ohne daß sich V auf die Pflicht des K zur Rückgabe des Wagens berufen könnte.

219) Vgl. oben S.16.

220) Vgl. oben S.83

221) Vgl. oben S.18.

222) Vgl. oben S.78 ff.

So auch Flume, S.173.

Nun sei K bei Abschluß des Geschäftes beschränkt geschäftsfähig. Die Saldotheorie käme zum selben Ergebnis wie im vorhergehenden Fall. K müßte das Risiko des Wegfalls tragen. Nach der hier vertretenen Ansicht²²³⁾ geht der Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen (und Geschäftsunfähigen) vor. Eine Bindung durch faktisches Synallagma tritt daher nicht ein, so daß K seinen vollen Kaufpreis herausverlangen kann, obwohl er den Wagen nicht mehr herausgeben kann.

- g) Nun verwende V die von K erbrachte Anzahlung dazu, um sich (für die Lieferung an K) bei D einen Gebrauchtwagen zu beschaffen. Die Erfüllung des Vertrages werde unmöglich ohne daß K oder V diese Unmöglichkeit zu vertreten hätten (Beschlagnahme aller Gebrauchtwagen). K kann nach § 323 III BGB seine Anzahlung zurückverlangen. Die Saldotheorie, die an sich auch die Verminderung der Anzahlung als Minderung der Bereicherung berücksichtigen müßte, begründet die Ablehnung der Anrechnung mit der Gefahrverteilung²²⁴⁾. Nach der hier vertretenen Ansicht ist in § 323 III BGB nur auf den Umfang des Bereicherungsanspruches verwiesen, während die Gefahrverteilung des noch gültigen Vertrages weiterwirkt. Deshalb muß V das Beschaffungsrisiko tragen und kann sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.
- h) Der von K gekaufte Wagen sei dem E abhanden gekommen. K hat den Wagen an X ins Ausland weiterverkauft. E verlangt von K gemäß § 816 I BGB Herausgabe des Erlöses für den Verkauf an X in Höhe von 3000.-- DM. Kann K die an V bezahlten 3000.-- DM absetzen?
- Er kann es nicht. Die Saldotheorie begründet das damit, daß für die Berücksichtigung der notwendige Kausalzusammenhang fehle²²⁵⁾ oder auch, daß K gegen die rei vindicatio des E eine solche Einwendung nicht hätte erheben können. Nach der hier vertretenen Ansicht kommt eine Berücksichtigung der Gegenleistung nur bei einem gegenseitigen fehlge-

223) Vgl. oben S. 80 ff.

224) Vgl. oben S. 58 ff.

225) Vgl. oben S. 67 ff.

schlagenen Vertrag in Frage; zwischen E und V bestehen keine Beziehungen, die als Grundlage einer Bindung durch faktisches Synallagma angesehen werden könnten. Eine Anrechnung muß daher schon aus diesem Grunde unterbleiben.²²⁶⁾

226) Vgl. oben S.69.

2. Teil

Die Rechtsprechung

=====

VII. Grundsätze für die Darstellung und Anordnung der Rechtsprechung.

1. Die theoretischen Überlegungen des ersten Teils bedürfen der Ergänzung und Untermuerung durch die Darstellung der Rechtsprechung. Schon frühere Autoren haben die Rechtsprechung zur Saldotheorie ausführlich gewürdigt²²⁷⁾. Die Notwendigkeit hierzu ergibt sich bereits aus der Entwicklung der Saldotheorie durch die Rechtsprechung. Der Schwerpunkt der früheren Untersuchungen lag aber stets auf den theoretischen Ausführungen der einzelnen Entscheidungen, auf dem Bekenntnis zur einen oder andern Theorie.

Demgegenüber soll hier mehr auf die praktischen Auswirkungen der verschiedenen Theorien bei der Entscheidung der Einzelfälle eingegangen werden. Als entscheidend werden nicht allein die konstruktiven Gründe oder der Weg, wie man zu einer Entscheidung gelangt, angesehen, sondern das praktische Ergebnis. Nicht die im Urteil vertretene Lehrmeinung, sondern die Interessenabwägung, die Entscheidung des Interessenkonflikts ist es, worauf es ankommt. Nie ist die Autorität des Richters größer als bei solcher Schlichtung der Interessenkonflikte.

Die Lehrmeinungen müssen sich im Einzelfall bewähren. In den Entscheidungen muß sich zeigen, ob die Formulierung eines Dogmas oder auch eines Rechtsatzes adaequater Ausdruck gerechter Interessenabwägung ist. Ergeben sich Diskrepanzen im Einzelfall oder lassen sich gar Gruppen bilden, die stets (wenn auch mit wechselnder Begründung) gesonderte Behandlung erfahren haben, so gibt das Anlaß zur Überprüfung der Lehrmeinung. Die Bedeutung der Rechtsprechung liegt darin, daß

227) Weintraud a.a.O. mit zahlreichen Tabellen nach der vertretenen Theorie (Saldotheorie oder Zweikonditionentheorie) vgl. S.31 ff; Baer a.a.O.

sie trotz des Bekenntnisses zu einer Lehrmeinung doch durch die abweichende Behandlung gleichliegender Interessenkonflikte diese Lehrmeinung in Wahrheit zu überwinden vermag. Und eine derartige Spruchpraxis kann dann Grundlage und Bestätigung einer neuen Auffassung sein, ohne daß dem das Bekenntnis zur alten Lehrmeinung entgegensteht²²⁸⁾.

2. Diese Auffassung bedingt eine ausführlichere Darstellung der Rechtsprechung, als sie bisher üblich war. Um aufzeigen zu können, was in einer Entscheidung an bleibender Interessenabwägung erhalten ist, bedarf es eines Eingehens auf den Sachverhalt. Es wird hier daher versucht, die Sachverhalte so darzustellen, daß sie eine verständliche Skizze des Lebensvorgangs ergeben. Das konnte allerdings nicht immer gelingen, sei es weil der Tatbestand des wiedergegebenen Urteils unvollständig ist oder vor allem, weil manche Entscheidungssammlungen die Wiedergabe des Sachverhalts bedauerlicherweise mehr oder weniger vernachlässigen²²⁹⁾.

Die verhältnismäßig breite Wiedergabe der Sachverhalte verfolgt auch noch den Zweck, für weitere Forschungen in Richtung auf eine Verfeinerung der Typologie der Bereicherungsansprüche das Material zusammenzutragen.

3. Aus der Anlage des ersten Teils der Arbeit und den dort gezogenen Folgerungen ergibt sich, daß die Rechtsprechung im Sinne einer notwendigen Differenzierung untersucht werden muß. Die Aufmerksamkeit richtet sich dabei auf die Fälle oder Fallgruppen, in denen schon bisher die Rechtsprechung die Saldotheorie nicht anwendete, weil sie den Anforderungen an eine billige Entscheidung des Interessenkonflikts im Einzelfall nicht gerecht wurde oder gerecht werden konnte. Darüber hinaus drängen Sinn und Funktion einzelner Nichtigkeitsgründe auf Berücksichtigung bei der Rückabwicklung. Das in der Anordnung der Nichtigkeit enthaltene Werturteil der Rechtsordnung kann auf sehr verschiedenen Erwägungen und

228) Vgl. Martin Wolff, Theodor Kipp, S.14 "The reason and spirit of cases make law, not the reason of particular precedents".

229) z.B. WarnRspr., HRR, Recht und auch LM.

Schutzzwecken beruhen. Durch die Abwicklung und ihre Wirkungen dürfen diese Erwägungen und Schutzzwecke nicht mißachtet und in ihr Gegenteil verkehrt werden²³⁰⁾. Gerade hiergegen wenden sich die neueren Autoren²³¹⁾ bei ihrer Kritik an der Saldotheorie.

Die einzelnen Entscheidungen werden daher nach den Nichtigkeitsgründen des schuldrechtlichen Vertrages in Gruppen zusammengefaßt²³²⁾. Dabei sind, soweit möglich, alle Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes zur Saldotheorie berücksichtigt. Von den Entscheidungen der Oberlandesgerichte und des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone in der Zeit des Interregnum zwischen Reichsgericht und Bundesgerichtshof sind nur besonders instruktive Fallgestaltungen aufgenommen.

Ferner sind zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Saldotheorie bzw. der hier vertretenen Bindung durch faktisches Synallagma einige weitere Gruppen zusammengestellt; dies sind die Fälle der Zahlung des Kaufpreises an einen Dritten bei gutgläubigem Erwerb, die Fälle des nichtigen Austauschvertrages, bei dem nur von einer Seite erfüllt wurde und schließlich die "Verweisungsfälle" des § 323 III BGB. Diese Gruppen dienen als Belegstellen für den ersten Teil und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Die bis zum 1. April 1956 veröffentlichten Entscheidungen wurden berücksichtigt.

VIII. Die Rechtsprechung zur Saldotheorie.

Den Entscheidungen ist gemeinsam, daß die Leistungen von beiden Seiten erbracht, der schuldrechtliche Vertrag unwirksam, die dinglichen Akte aber meist gültig sind. Die einzel-

230) Gleiche Probleme ergeben sich etwa bei § 817 2 BGB. Vgl. hierzu v.Caemmerer SJZ 1950, 649 und RG DJZ 1910, 1025.

231) v.Caemmerer Rabelf. S.387; Flume S.174.

232) Innerhalb der Gruppen wurden die Entscheidungen zeitlich geordnet, soweit sich nicht eine andere Reihenfolge aus dem Zusammenhang ergab.

nen Gruppen sind in ihrem Umfang sehr verschieden. Die Betrachtung erstreckt sich auf die Handhabung der Theorien im Einzelfall und deren Ergebnis. Dabei ist zu beachten, daß die Wirkungen der Saldotheorie oder der hier vertretenen Bindung durch faktisches Synallagma vor allem dann von Bedeutung werden, wenn eine oder beide Leistungen nicht mehr voll zurückgegeben werden können. Nur in diesen Fällen kann sich die Verteilung des Risikos auswirken.

Eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Entscheidungen, die in der Literatur häufig als Belegstellen für die Saldotheorie angeführt werden, enthalten nur ein "obiter dictum" zur Saldotheorie, also eine Stellungnahme, auf der das Ergebnis der Entscheidung nicht beruht. Diese Entscheidungen sind als Belegstellen nicht geeignet und werden hier nur der Vollständigkeit halber u. zu~~z~~ Bereicherung des Anschauungsmaterials für die möglichen Fallgestaltungen wiedergegeben.

1. Es soll begonnen werden mit der Gruppe

Formmangel als Nichtigkeitsgrund.

RG I v. 18.9.09, RGZ 71, 399

Die Klägerin machte eine unstreitige Forderung gegen eine GmbH geltend. Diese wollte dagegen aufrechnen aus folgendem Grund: Die Klägerin besaß Geschäftsanteile der beklagten GmbH, die sie gegen eine Zahlung der Beklagten in Höhe von 16.000.- M an diese verkauft und auf zwei von der beklagten GmbH benannte Personen übertragen hatte. Da dieser Kauf wegen Formmangels gem. § 17 GmbHGes und wegen des Verbots des Erwerbs eigener Anteile nichtig gewesen sei, könne sie mit dem Bereicherungsanspruch aus diesem Geschäft aufrechnen.

RG: Der schuldrechtliche Vertrag sei zwar nichtig gewesen, durch die Erfüllung aber wie bei § 313 BGB geheilt. § 33 GmbHGes greife nicht ein, da die Anteile voll einbezahlt waren und das Verbot (im Gegensatz zur Sollvorschrift) nur bei nicht voll einbezahlten Anteilen gelte. Eine Aufrechnung komme daher nicht infrage.

Das Reichsgericht geht aber auch auf die Frage ein, wie der Bereicherungsanspruch bei Nichtigkeit des Vertrages zu beurteilen wäre: Dann könne der geltend gemachte Bereicherungsanspruch der beklagten GmbH an der Einrede der Klägerin scheitern, daß sie das Empfangene nur Zug um Zug gegen Rückgewährung der ihrerseits geleisteten Geschäftsanteile herauszugeben brauche. Hier habe die Beklagte ausdrücklich Rückübertragung eines Teils der Anteile angeboten.

In dieser frühen Entscheidung betrachtet das Reichsgericht die Rückgewährungsansprüche als voneinander abhängig; nicht aber im Sinne der Saldotheorie, sondern mehr in Form einer synallagmatischen Rückabwicklung ("Einrede"). Ein ähnlicher Fall findet sich im Bankarchiv 1905/06, 262, unten S.103. Weintraud²³³⁾ bezeichnet die Entscheidung als "neutral" dem Ergebnis nach, das heißt, weder der Saldotheorie noch der Zweikondiktionentheorie zurechenbar. Das ergibt sich daraus, daß beide Leistungen offenbar noch voll vorhanden waren, so daß die oben dargestellte Risikoüberwälzung gar nicht praktisch wurde. Das Zurückbehaltungsrecht hätte bei der Zweikondiktionentheorie zum selben Ergebnis wie die Saldotheorie geführt.

Da die Entscheidung auf den Erörterungen über den Bereicherungsanspruch aber auch nicht beruht, scheidet sie besser aus. Die nächste Entscheidung, die schon wesentlich später liegt, bekennt sich ausdrücklich zur Saldotheorie.

RG V v.28.6.22 Warn Rspr 1922, Nr.122 S.149

Ein Grundstückskaufvertrag war mündlich abgeschlossen und daher wegen Verstosses gegen §§ 313, 125 BGB unwirksam. Die Zahlung des Kaufpreises war erfolgt, das Grundstück war übergeben. Der bekaufte Käufer hatte das Grundstück für seine Zwecke genutzt.

RG: Die Rückabwicklung habe nach Bereicherungsrecht stattzufinden; dieses kenne keine selbständigen unabhängigen Bereicherungsansprüche, sondern nur einen Anspruch auf Überschuß der Aktiv- über die Passivposten. Es habe eine Gesamtabwägung aller Vor- und Nachteile stattzufinden. Dabei seien auch die Nutzungen des Grundstücks gem. § 818 I BGB zu berücksichtigen, ohne daß § 988 BGB anwendbar wäre. (§ 993 BGB wird nicht erwähnt). Kaufpreis und Nutzungen wurden miteinander verrechnet.

Das Reichsgericht nimmt auf frühere Entscheidungen zur Saldotheorie Bezug und schließt sich an. Die Entscheidung hatte ihre Bedeutung darin, daß sie § 993 BGB durch Anwendung der Saldotheorie ausschloß. Der später vom Reichsgericht gewählte Weg über § 988 BGB²³⁴⁾ wird noch abgelehnt. Heute hat man erkannt, daß die schuldrechtlichen Abwicklungsvorschriften den §§ 987 f BGB vorgehen, sodaß § 993 BGB deshalb nicht an-

233) a.a.O. S.33.

234) RG GSZ 163, 348 unten S.152; vgl. auch oben S.16.

wendbar ist.

Die folgende Entscheidung kommt zu demselben Ergebnis.

RG V v.2.10.37 HRR 38, 5

Die Klägerin kaufte mündlich ein Dampfmühlengrundstück; Beurkundung und Eintragung wurden auf später verschoben. Auf den Preis wurden 5.000.- M anbezahlt, der Rest sollte in Raten bezahlt und teilweise auch verzinst werden. Einige Raten wurden bezahlt.

Es kam zu Differenzen, sodaß der Vertrag nicht beurkundet wurde. Der Kläger gab die Dampfmühle zurück und verlangte Rückgabe der geleisteten Anzahlung und Raten, ferner machte er Zinsen für die Anzahlung geltend. Der beklagte Verkäufer berief sich demgegenüber darauf, daß ihm die Nutzungen der Dampfmühle entgangen seien.

RG: Sämtliche Posten der Bereicherung seien zu berücksichtigen. Der Beklagte müsse zwar die empfangene Anzahlung verzinsen, dafür könne er aber auch entgangene Nutzungen für das Grundstück verlangen. Nur das entspreche der Saldotheorie, daß alle Änderungen berücksichtigt würden. Auch die Aufwendungen der Klägerin auf das Grundstück seien im Rahmen der §§ 987 ff zu berücksichtigen.

Beide Entscheidungen stehen auf dem Boden der Saldotheorie. Ihrem Ergebnis ist zuzustimmen; sie werden ergänzt durch die Entscheidung RGZ 141, 310 (unten S.101). Die Zweikondiktionentheorie hätte damals die Berücksichtigung der Nutzungen gegen § 993 BGB kaum begründen können; denn die Saldotheorie konnte die Nutzungen als Minderungsposten absetzen, während die Zweikondiktionentheorie einen besonderen Bereicherungsanspruch hätte geben müssen. Heute geht die Abwicklung des fehlgeschlagenen Vertrages den Vorschriften der §§ 987 f vor. Nach der hier vertretenen Ansicht bestehen zwei Bereicherungsansprüche, die durch faktisches Synallagma verknüpft sind. An die Stelle der "Abrechnung" durch die Saldotheorie tritt die Aufrechnung.

Die folgende Entscheidung dehnt den Kreis der zu berücksichtigenden Umstände noch aus. Der Sachverhalt ist besonders bezüglich der Summen etwas vereinfacht.

RG IV v.3.11.30, JW 31, 529 (13)

Die Beklagten verkauften dem kläg. Grundstücksmakler privatschriftlich ihr landwirtschaftliches Anwesen zum Preis von 29.000.- M. Das Anwesen wurde übergeben. Die Beklagten erteilten dem Kläger notarielle Verkaufsvollmacht. Der Kläger bezahlte insgesamt 25.000.- M an, konnte das Anwesen jedoch

nicht weiterverkaufen. Dagegen verkaufte er Teile des Inventars zu 5.000.- M.

Die Beklagten "widerriefen" daraufhin die Verkaufsvollmacht und den privatschriftlichen Kaufvertrag und verkauften das Hofgut anderweitig zum Preise von 16.000.- M. Der Kläger verlangte daraufhin seine Anzahlung zurück, abzüglich der Erlösten 5.000.- M. Die Beklagten machten dagegen eine Minderung des Anwesens durch den Verkauf des Inventars (über die 5.000.- M hinaus) um insgesamt 10.000.- M und ferner Wegfall der Bereicherung durch ungünstigen Erwerb eines neuen Anwesens geltend, bei dem sie 12.000.- M mehr, als es dem wahren Wert entsprach, bezahlten mußten.

RG: Die Rückgabepflicht nach Bereicherungsrecht sei hier zu bejahen; § 820 BGB findet keine Anwendung. Nach der Saldotheorie seien alle Minderungen und Vermehrungen zu berücksichtigen, die in ursächlichem Zusammenhang stehen. Die aus dem Verkauf des Inventars entstandenen Nachteile seien daher abzugsfähig wie alle Minderungen.

Der Rechtsstreit wurde zurückverwiesen.

Das Reichsgericht läßt den nichtigen Kaufvertrag als Grund für eine Abwicklung nach Bereicherungsrecht gelten und lehnt § 820 BGB ab.

Die Entscheidung beruht auf der Saldotheorie, wonach alle Minderungen und Vermehrungen zu berücksichtigen sind. Es wurde daher auch der Schaden angerechnet, der durch die Wertminderung des Anwesens entstanden war. Die Zweikondiktionentheorie, die im Urteil ausdrücklich abgelehnt wird, wäre zu einem andern Ergebnis gekommen. Nach ihr hätten die Beklagten als Verkäufer das Risiko für die Entwertung des Gutes durch den Inventarverkauf tragen müssen. Obwohl es sich nachdem anderweitigen Verkauf des Grundstücks nur mehr um einen einseitigen Bereicherungsanspruch handelt, wäre nach der hier vertretenen Ansicht doch durch den Leistungsaustausch eine Bindung eingetreten. Diese hätte bewirkt, daß der Grundstücksmakler für Wertverringerungen der empfangenen Sache einzustehen hätte. Der Grundstücksmakler hat das Anwesen nicht vollwertig zurückgegeben. In Höhe der Differenz haben die Beklagten daher ein Leistungsverweigerungsrecht. Zusammen mit der Aufrechnung bezüglich der beim Kläger entstandenen Bereicherung in Höhe von 5.000.- M führt das zum Ergebnis der Entscheidung. Der von den Beklagten hilfsweise vorgebrachte Schaden durch ungünstigen Erwerb eines anderen Gutes wurde vom Reichsgericht zu recht nicht berücksichtigt.

Von der ersten frühen Entscheidung abgesehen fand in dieser Gruppe stets Saldotheorie Anwendung. Bei der Nichtigkeit wegen Formmangels sind keine Interessenlagen ersichtlich, die eine andere Behandlung erforderten. Die Parteien wollen in jeder Regel das Geschäft; die Nichtigkeit wegen Verletzung der Formvorschriften tritt von außen an das Geschäft heran. Es bestehen daher auch keine Bedenken, die Bindung durch faktisches Synallagma zu bejahen. Die Ergebnisse stimmen mit denen der Saldotheorie überein.

2. In der nächsten Gruppe sind die Entscheidungen zusammengefaßt, bei denen

Nichteintritt einer Bedingung, Wegfall oder Widerruf

zur Unwirksamkeit des Geschäfts führten.

RG V v.28.4.20 Gruch Beitr 64,717=

WarnRspr 1921 Nr. 43 S.51

Der Kläger kaufte ein Grundstück unter der Bedingung, daß ihm Bauerlaubnis erteilt werde. Auflassung und Eintragung im Grundbuch waren erfolgt. Die Bauerlaubnis wurde nicht erteilt. Der Kläger verlangte Rückzahlung seines Kaufpreises. Er hatte über das Grundstück einen Kanal gezogen, der dessen Wert erheblich verminderte.

RG: Es liege kein Rücktritt vor wie der Vorderrichter angenommen habe; es finde auch keine entsprechende Anwendung der Rücktrittsnormen statt. Es bestünden vielmehr Rückgewähransprüche aus Bereicherungsrecht. Diese seien an sich selbständig; aber nur dasjenige sei Bereicherung, was als Vermögensmehrung bei Berücksichtigung der Gegenleistung noch als Bereicherung vorhanden sei. Dabei sei die Wertminderung des Grundstücks zu berücksichtigen. Dies führe dazu, daß der Kaufpreiserstattungsanspruch des Klägers sich mindere bzw. ganz weg falle. Zur Klärung der Wertminderung wurde zurückverwiesen.

Damit bekennt sich das Reichsgericht zur Saldotheorie. Das vom Käufer empfangene Grundstück ist in seinem Wert vermindert. Der Käufer hat für seine eigenen Zwecke einen Kanal angelegt. Dies ist sein Vorteil. Aber er muß dem Beklagten nicht nur seine Bereicherung (durch den Kanal) herausgeben, sondern ihm auch ersetzen, was das Grundstück an Wert verloren hat. Mit anderen Worten muß der Kläger das Risiko tragen, daß er das empfangene Grundstück nicht mehr vollwertig zurückgeben kann. Die Zweikondiktionentheorie hätte nicht zu einem bil-

ligen Ausgleich führen können. Nach der hier vertretenen Ansicht hätte der Beklagte ein Leistungsverweigerungsrecht gehabt, soweit das Grundstück im Wert gemindert war; die Regeln über die Teilunmöglichkeit wären entsprechend anzuwenden. Es handelt sich dabei hier nicht um einen Fall der "zufälligen Wertminderung" (Rechtsgedanke des § 323 BGB), sondern um eine durch das Verhalten des Empfängers verursachte Wertminderung²³⁵⁾.

Die folgende Entscheidung ist dem Ergebnis nach wieder "neutral".

RG v.29.10.20 Seuff A 76 Nr.26 S.42

Der Beklagte heiratete die Tochter des Klägers. Der Beklagte "kaufte" vom Kläger Grundstücke im Werte von 42.000.- M zu folgenden Bedingungen: 5.000.- M wurden bar bezahlt, 7.000.- M wurden hypothekarisch gesichert und 30.000.- M galten als eingebrachtes Gut der Frau des Beklagten. Die Ehe wurde für ~~nichtig~~ erklärt wegen eines Irrtums über persönliche Eigenschaften des Beklagten. Der Kläger verlangt nun, den Kaufvertrag aufzuheben und den Beklagten zur Rückauflassung zu verurteilen.

RG: Der Anspruch des Klägers sei auf § 812 I 2 BGB begründet. Dabei bestehe mit den Gegenansprüchen des Beklagten zwar keine synallagmatische Bindung; aber diese Gegenansprüche seien für den Umfang des Rückforderungsrechts von Bedeutung. Der Werterstattungsanspruch des Klägers sei um die Gegenleistung verringert und damit in sich beschränkt. Da hier der Anspruch auf Herausgabe der Grundstücke gerichtet sei, brauche er nur gegen Rückerstattung der Aufwendungen und der Gegenleistung erfüllt zu werden. Sache des Empfängers sei es, seine Gegenleistung geltend zu machen; werde sie in der Klage bereits vorgetragen, werde der Richter sie regelmäßig zu berücksichtigen haben. Das habe der Vorderrichter nicht getan; deshalb erfolgte Rückverweisung.

Mit der Annahme, daß der Werterstattungsanspruch in sich beschränkt sei, bekennt sich das Reichsgericht zur Saldotheorie. Es bleibt nicht bei der Saldierung stehen, sondern zieht die für die Abwicklung von ungleichartigen Leistungen notwendige Konsequenz der Pflicht zur Rückgabe gegen Ersatz der Gegenleistung, Aufwendungen usw.

235) Das ist nach der hier vertretenen Ansicht ohne besondere Folgen, vgl. oben S. 55 f, da der Empfänger auch für zufällige Verschlechterung des Empfangenen das Risiko trägt. Aber auch A.Blomeyer (S.536) käme hier wohl zum Ergebnis der Entscheidung. Er hat auf § 254 BGB hingewiesen. Für die Rückabwicklung ließe sich auch an den Grundsatz des "venire contra factum proprium" denken. Der Empfänger muß seine Handlungen gegen sich gelten lassen, auch ohne daß ein "Verschulden gegen sich selbst" vorliegt.

Zur Frage der Geltendmachung der Gegenleistung (ob eine Einrede oder eine Einwendung gegeben ist) ist die Stellungnahme nicht eindeutig; erst die späteren Entscheidungen bekennen sich eindeutig zur Berücksichtigung von Amts wegen.

Da beide Leistungen noch vorhanden waren, wirkt sich hier die Saldotheorie nicht anders aus, als die Zweikondiktionentheorie, bei der die Bereicherungsansprüche durch Zurückbehaltungsrecht verknüpft werden.

RG VIII v.3.7.33, RGZ 141, 310

Die Parteien schlossen einen Pachtvertrag über ein Gut und einen hiervon abhängigen Zusatzvertrag über Übereignung von Inventar, Sommerfrüchten usw. Die für den Pachtvertrag erforderliche staatliche Genehmigung wurde nicht erteilt. Nach 3 Monaten zog der Kläger vom Gut ab und verlangt jetzt Herausgabe seiner Anzahlung. Der Beklagte wendet ein, ihm seien die Nutzungen des Guts in dieser Zeit entgangen.

RG: Es habe eine einheitliche Betrachtung stattzufinden; diese ergebe die Absetzbarkeit aller Minderungsposten, die im ursächlichen Zusammenhang stehen. Daher sei der Bereicherungsanspruch des Klägers insich beschränkt, soweit dem Beklagten Nutzungen entgingen.

Die Entscheidung gehört zu den oben S. 97 behandelten Fällen formnichtiger Grundstückskäufe. Ihre Bedeutung liegt darin, daß sie für die Rückabwicklung schuldrechtlicher Verträge § 993 BGB überwunden hat, schon vor der Entscheidung des Großen Senats in Zivilsachen²³⁶⁾, der § 988 BGB für entsprechend anwendbar erklärte. Die Zweikondiktionentheorie konnte hier nicht helfen, wie oben dargelegt wurde.

Nach heutiger Ansicht gehen die Abwicklungsansprüche aus dem fehlgeschlagenen Vertrag (und damit auch § 818 I BGB) den allgemeinen Normen des Eigentümer-Besitzerverhältnisses (und damit § 993 BGB) vor. Dem Ergebnis der Entscheidung ist auch heute zuzustimmen.

Die folgende Entscheidung beruht zwar nicht auf der Saldotheorie, das Reichsgericht stützte sich aber in seiner Hilfsbegründung auf sie.

RG II v.22.3.33, RGZ 140, 156

D. hatte Schweine an den Kläger unter Eigentumsvorbehalt verkauft. Vom Kaufpreis hatte der Kläger 1.400.- M bar bezahlt,

²³⁶⁾ RGZ 163, 348 s.u.S.152.

für den Rest von 7.400.- M Akzepte gegeben. D. hatte diese diskontieren lassen und den Gegenwert erhalten. Vor Einlösung der Wechsel bei Fälligkeit starb D, über seinen Nachlaß wurde Nachlaßkonkurs eröffnet. Der Konkursverwalter trat nach § 17 KO vom Geschäft zurück, da es noch nicht voll erfüllt gewesen sei, und verlangte die Schweine zurück. Im Prozeß löste der Kläger bei Fälligkeit die Wechsel ein. Die Schweine waren größtenteils vor Prozeßbeginn verkauft.

RG: Die Anwendung des § 17 KO hier wird abgelehnt. In der Hilfsbegründung, wenn § 17 KO anwendbar gewesen wäre, führt das Reichsgericht aus, daß der der Klageforderung zugrunde liegende Bereicherungsanspruch aufgezehrt gewesen sei, ohne daß es einer Aufrechnung bedurft hätte. Das ergebe sich aus der Saldotheorie.

Der Fall bietet einmal Interesse, da eine Leistungskondition (Wegfall des Geschäfts nach § 17 KO) und eine Kondition wegen Bereicherung aus fremdem Gut (Veräußerung der Schweine mit Wirksamkeit gegen den Gemeinschuldner trotz des Eigentumsvorbehalts, § 816 BGB) nebeneinander stehen. Das Reichsgericht wendet die Saldotheorie ohne Bedenken an. Stehen Leistungskondition, Kondition wegen Bereicherung aus fremdem Gut und etwa noch eine rei vindicatio (wegen der restlichen Schweine) sowie hier nebeneinander, kann gegen eine gemeinsame und einheitliche Abwicklung des Vertrages kaum etwas eingewendet werden. Zum andern belegt diese Entscheidung die Wirkung der Saldotheorie im Konkurs. Wie oben dargelegt wurde, führt auch die Bindung durch faktisches Synallagma zum selben Ergebnis²³⁷⁾.

Auch in dieser Gruppe hat das Reichsgericht durchweg die Saldotheorie angewendet und die Mehrzahl der Entscheidungen beruht auf ihr. Allen Fällen ist das spätere Wegfallen des Vertrages gemeinsam. Interessenlagen, die eine Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Abwicklung verbieten würden, sind nicht ersichtlich. Gegen eine Bindung der Abwicklungsansprüche durch faktisches Synallagma bestehen daher auch keine Bedenken.

3. Es folgt die Gruppe der nichtigen Verträge wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot.

237) Vgl. oben S.16 und S. 83.

Hier findet sich zunächst eine frühe Entscheidung, die manche Parallelen zu der oben wiedergegebenen Entscheidung RGZ 71, 399 (S.95) aufweist.

RG I v.27.6.06 BankArch.1905/06, 262

Die Parteien schlossen ein Börsentermingeschäft über Bergwerksanteile (Kuxe). Neben der Unklagbarkeit von Börsentermingeschäften allgemein, fiel dieses Geschäft auch noch unter ein gesetzliches Verbot, da es mit Kuxen durchgeführt wurde. Das Geschäft war beiderseitig erfüllt.

Der Kläger als Käufer beehrte teilweise Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe eines Teils der Kuxe. Für den andern Teil der Kuxe, die er weiterverkauft hatte, verlangte er Erstattung der Differenz zwischen dem bezahlten Kauf- und seinem geringeren Weiterverkaufspreis.

RG: Trotz Unklagbarkeit des Geschäfts seien Bereicherungsansprüche zulässig, da das Geschäft nichtig sei. Soweit die Kuxe noch vorhanden seien, habe Rückabwicklung zu erfolgen. Soweit sie verkauft seien und der Kläger seinen Verlust verlange, habe Abweisung der Klage zu erfolgen. Denn sonst könne der Kläger auf Kosten des Beklagten spekulieren. Der Kläger habe sich durch Weiterveräußerung außerstande gesetzt, von der Beklagten das herauszuverlangen, was diese ihrerseits erlangt habe. Denn seinen (des Klägers) Ansprüchen stehe der peremptorische Einwand entgegen, daß der Beklagte nicht auf Kosten des Klägers bereichert sei, da er (der Kläger) im Besitz des Gegenwertes geblieben sei.

Diese Entscheidung steht noch ganz unter der Vorstellung der synallagmatischen Bindung der Bereicherungsansprüche, die in der Folgezeit zu Unrecht aufgegeben wurde. Denn es wird dem Beklagten eine Einrede gewährt. Hierzu sollte man nach der hier vertretenen Ansicht zurückkehren.

Nach der Saldotheorie war hier beim Beklagten zu berechnen: Einerseits die Bereicherung in Form des Kaufpreises, andererseits die Hingabe der Kuxe als Bereicherungsminderung. Der Saldo war also bei Gleichartigkeit der Leistungen gleich null. Soweit die Kuxe noch vorhanden waren, hatte Rückabwicklung Zug um Zug zu erfolgen, da ungleichartige Leistungen vorlagen und der Rückaustausch den Vorrang hat. Für die weiterverkauften Kuxe aber erhält der Kläger keinen Ersatz der Differenz, insoweit unterbleibt eine Rückabwicklung.

Die Bindung durch faktisches Synallagma macht deutlich, warum ein Abzug des Verlustes des Klägers nicht zulässig ist. Durch den Leistungsaustausch übernimmt jeder der Part-

ner das Risiko für das Empfangene. Ein ungünstiger Weiterverkauf geht zu seinen Lasten. Nur soweit er das Empfangene noch herausgeben kann, bekommt er seine Leistung zurück.

Die Zweikondiktionentheorie hätte hier zu anderen Ergebnissen geführt: Der Kläger hätte den Anspruch auf den Kaufpreis gehabt, der Beklagte dagegen nur Anspruch auf die restlichen Kuxe samt dem Erlös für die verkauften Kuxe. Dabei hätte der Beklagte die Differenz des ungünstigen Weiterverkaufs tragen müssen; dies hätte dem Kläger die Möglichkeit gegeben, auf Kosten des Beklagten zu spekulieren.

In der folgenden Entscheidung ist an sich die Einordnung fraglich.

RG IV v.2.11.25 Warn Rspr 1926 Nr.46 S.55

Die Klägerin und ihr Ehemann bezogen gemeinsam eine Wohnung, deren gesamte Einrichtung der Klägerin gehörte. In Abwesenheit der Klägerin tauschte der Ehemann die eheliche Wohnung mit dem Beklagten, der seine minderwertige Wohnung zur Verfügung stellte. Gleichzeitig verkaufte der Ehemann dem Beklagten auch die gesamte Einrichtung der Wohnung, wobei er eine Blankovollmacht der Klägerin vorlegte und den Kaufpreis in Empfang nahm.

Das Wohnungsamt genehmigte den Wohnungstausch nicht, trotzdem nahm der Beklagte die Wohnung und die Einrichtung in Besitz.

RG: Der Wohnungstausch sei nicht rechtswirksam gewesen; wegen Zusammenhangs damit fallen auch die anderen Geschäfte gem. § 139 BGB dahin. Unter Berufung auf die Saldotheorie wägt das Reichsgericht ab, um was der Beklagte bereichert sei. Er habe den Hausrat bekommen samt der Wohnung; dafür habe er eine minderwertige Wohnung aufgegeben und den Kaufpreis bezahlt. Nur wenn der Wert von Hausrat und großer Wohnung zusammen den Wert der minderwertigen Wohnung und des Kaufpreises übersteigen, liege eine Bereicherung vor. Dabei sei es belanglos, ob der Kaufpreis vom Ehemann an die Klägerin abgeführt worden sei oder nicht (was streitig war). Es komme nur auf das Vermögensopfer des Beklagten an.

Die Klägerin habe die Möglichkeit, Rückgabe der Einrichtung gegen Erstattung des auf sie fallenden Kaufpreisanteils oder aber Geldausgleich zu wählen.

Zur Klärung dieser Wahl erfolgte Zurückverweisung.

Da der Beklagte gegen das gesetzliche Verbot der Wohnraumbewirtschaftung und ohne Genehmigung die Wohnung bezogen hatte, waren der Mietvertrag und die damit zusammenhängenden Geschäfte unwirksam. Dies rechtfertigt die Einordnung in diese Gruppe.

In dieser Entscheidung taucht das Problem der Stellvertretung bei der Bereicherung auf. Die Klägerin muß sich an ihrer Blankovollmacht festhalten lassen (soweit man nicht beim Beklagten Kenntnis des Mißbrauchs der Vollmacht annehmen kann); sie gilt allein als bereichert, obwohl der Ehemann die Leistung in Empfang nahm. Die Unterschlagung des Vertreters muß die Vertretene tragen; es ist ihr Risiko.

Für die Abwicklung ungleichartiger Leistungen bringt die Entscheidung einen Fortschritt, indem der Klägerin ein Wahlrecht zwischen dem Restsaldo oder der Rückgabe aller geleisteten Gegenstände gegen Ersatz des Kaufpreises zugestanden wird. Dies stellt eine Anerkennung des Vorzugs der Rückabwicklung vor der technischen Saldierung dar.

Die Entscheidung ist ein "echter" Anwendungsfall der Saldotheorie, da die eine der Leistungen, nämlich der Kaufpreis, weggefallen ist. Die hier vertretene Bindung durch faktisches Synallagma würde zum selben Ergebnis führen. Nach der Zweikonditionentheorie dagegen würde der Beklagte das Risiko und den Schaden der Unterschlagung durch den Ehemann zu tragen gehabt haben. Das wäre schon deshalb unbillig, da dem Beklagten auf diese Sphäre kein Einfluß zustand, durch den er sich vor dem Verlust hätte schützen können.

Die folgende Entscheidung behandelt einen Vertrag, der wegen Unvereinbarkeit mit einer Bewirtschaftungsvorschrift unwirksam war.

RG VI v. 20.5.27 JW 27, 1931 = RGZ 117, 112

Der Beklagte kaufte 1918 von einer Brauerei eine Gastwirtschaft und schloß gleichzeitig einen länger dauernden Bierbezugsvertrag. Nach einer Verordnung von 1917 über Malzkontingentierung verfielen aber derartige Bierbezugsverträge der Nichtigkeit. Die klagende Brauerei verlangte Abnahme des Bieres, hilfsweise Herausgabe des Grundstücks. Der Beklagte hatte das Grundstück in der Zwischenzeit ausgebaut und mit einer Hypothek belastet. Gegen den Anspruch der Klägerin machte der Beklagte hilfsweise seine Verwendungen auf das Grundstück und den von ihm bezahlten Kaufpreis geltend.

RG: Wegen Zusammenhangs mit dem nichtigen Bierbezugsvertrag sei auch der Grundstückskaufvertrag nichtig (§ 139 BGB). Der Beklagte müsse das Grundstück herausgeben, und zwar unbelastet; andernfalls müsse er die Valuta der Hypothek zu-

zahlen, da insoweit der Wert des Grundstückes gemindert sei. Die Verwendungen des Beklagten auf das Grundstück seien im Rahmen der §§ 292, 994 II zu berücksichtigen, da der Umbau nach Rechtshängigkeit stattgefunden habe. Für die Herausgabe des Kaufpreises sei andererseits die Geldentwertung zu berücksichtigen.

Die Entscheidung ist nicht klar. In der Juristischen Wochenschrift findet sich zwar eine ausführlichere Fassung; aber auch sie läßt nicht erkennen, ob die Ansprüche saldiert werden und welche Risikoverteilung sich ergibt. Das Reichsgericht beruft sich zwar auf die Saldotheorie, wendet sie aber nicht praktisch an sondern verweist den Rechtsstreit zurück. Der Verwendungsersatz wird nach §§ 818 IV, 819, 292, 994 II BGB beschränkt. Aus dem Hinweis, daß bei der Rückgabe des Kaufpreises die Geldentwertung berücksichtigt werde, läßt sich nichts über die Risikoverteilung entnehmen. In der amtlichen Sammlung ist nur § 994 BGB als behandelte Norm genannt. Die Entscheidung ist daher hier nicht verwertbar.

Auf die Probleme der Geldentwertung geht die folgende Entscheidung ein.

RG IV v.10.10.27 JRdsch 27, 1413 (Nr.2182)
Im Jahre 1922, also während der Inflation, verkaufte der Kläger ein Grundstück an den Beklagten, Auflassung und Eintragung im Grundbuch erfolgten. Der Beklagte verkaufte das Grundstück weiter an C., Auflassung und Eintragung erfolgten ebenfalls. Nach der Einführung der Rentenmark verlangte der Beklagte von C. das verkaufte Grundstück zurück, da es sich um einen Schwarzkauf gehandelt habe. Der Streit wurde vergleichsweise erledigt, indem C. an den Beklagten noch 60.000.--RM zahlte.

Nun verlangte der Kläger seinerseits das Grundstück vom Beklagten bzw. Wertersatz dafür (da ja C. Eigentümer geworden war) heraus, da auch der zwischen ihnen geschlossene Vertrag wegen mangelnder Genehmigung des Kaufpreises durch das Bezirksamt nichtig gewesen sei. Die Vorderrichter gaben der Klage auf Wertersatz statt, das Reichsgericht hob auf.

RG: Da die Genehmigung des Bezirksamtes nicht vorlag, sei der Beklagte nicht Eigentümer geworden; deshalb habe C. nur gutgläubig erworben, sodaß gegen den Beklagten § 816 I BGB Anwendung finde. Auch hierauf sei § 818 BGB und damit die Saldotheorie anzuwenden.

Der Beklagte habe die Kaufsumme von 20 Millionen Papiermark von C., sowie später nochmals 60.000.-- RM für das Grundstück erlangt. Diesen Aktivposten seiner Bereicherung stehe gegenüber: Wegfall der 20 Millionen Papiermark durch die Geldentwertung der Inflation; Aufwendungen auf den Vergleich mit C.

(wahrscheinlich Gerichtskosten usw.) in der Höhe, daß von den 60.000.- RM nur noch 6.035 RM übrig geblieben sind; schließlich Zahlung des Kaufpreises an den Kläger im November 1922 mit 4,2 Millionen Papiermark, die mit damaligem Goldwert anzusetzen seien.

Nur wenn sich aus dieser Berechnung ein Überschuß der Aktiv- über die Passivposten ergebe, sei der Beklagte bereichert. Welche Schicksale die Leistung des Beklagten in der Hand des Klägers erfahren habe (Abwertung der 4,2 Millionen Papiermark) sei unerheblich. Hieran ändere auch nichts, wenn man annehme, daß beide Kaufpreise (20 Millionen Papiermark beim Beklagten und 4,2 Millionen Papiermark beim Kläger) der Geldentwertung zum Opfer gefallen seien. Eine Billigkeitsaufwertung habe nicht stattgefunden. Schließlich sei der Einwand des Beklagten zu beachten, daß er verarmt und im ganzen zur Rückzahlung nicht mehr imstande sei.

Da die Parteien die erforderliche Genehmigung des Bezirksamtes nicht eingeholt haben, ist der Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig. Darüber hinaus ist nach Ansicht des Reichsgerichts auch die Übereignung deshalb unwirksam. Das führt zum Problem der Einbeziehung auch des Bereicherungsanspruches aus § 816 I BGB (Bereicherung aus fremdem Gut durch Veräußerung) in die Abwicklung des fehlgeschlagenen Vertrages. Die Saldotheorie berücksichtigt diese Unterscheidung nicht und behandelt daher den Bereicherungsanspruch aus § 816 I BGB wie eine Leistungskondiktion. Wäre dagegen beim Beklagten das Grundstück noch vorhanden gewesen, hätte der Kläger es nach § 985 BGB herausverlangen können und der Beklagte hätte den Verlust durch die Geldentwertung allein tragen müssen. Denn beim Kläger war der empfangene Kaufpreis durch die Geldentwertung ersatzlos weggefallen. Der Einfluß auf die Rückabwicklung, der dem Empfänger der Sache durch die Möglichkeit der Weiterveräußerung eingeräumt wird, ist unhaltbar und daher Gegenstand zahlreicher Angriffe gegen die Saldotheorie gewesen²³⁸⁾.

Eine Lösung ist nur von der Einbeziehung auch des Eigentums- herausgabeanspruches in die Abwicklung zu erwarten; die hier vertretene Ansicht der Bindung durch faktisches Synallagma ermöglicht eine solche Einbeziehung ohne Schwierigkeiten²³⁹⁾.

238) s.oben S.25 f.

239) s.oben S.61 f.

Die eingetretene Geldentwertung kompliziert die Entscheidung. An die Stelle der Leistungskondition des Klägers tritt seine Kondition wegen Bereicherung aus fremdem Gut durch Veräußerung. Der Umfang dieses Bereicherungsanspruches richtet sich nach dem Erlangten, worunter das Entgelt für den Wert der Sache zu verstehen ist und nicht was durch besondere Tüchtigkeit des Veräußerers erworben wurde ²⁴⁰⁾. In diesen Grenzen ergreift die Bindung durch faktisches Synallagma auch die Ansprüche wegen Bereicherung aus fremdem Gut. Der Kläger hat das Grundstück hingegeben und dafür Papiermark erhalten. Er hat nun einen Anspruch auf Rückgabe des vom Beklagten für das Grundstück Erlangten; er muß aber auch das seinerseits Erlangte zurückgeben. Das waren 4,2 Millionen Papiermark, die durch die Geldentwertung weggefallen sind. Das Risiko des Wegfalls mußte aber der Empfänger tragen. Denn er entschloß sich zum Austausch der Leistungen und er wollte die Papiermark annehmen. Er kann also vom Beklagten nichts mehr fordern. Das würde besonders deutlich, wenn der Beklagte das Grundstück noch hätte. Dann könnte der Kläger nur gegen Zahlung einer dem damaligen Wert der 4,2 Millionen Papiermark entsprechenden Summe in RM das Grundstück herausverlangen; ist das Grundstück aber nicht mehr vorhanden, sondern **nur** noch eine restliche Bereicherung von 6.000.- Reichsmark, dann kommt eine Rückabwicklung nicht in Betracht. Denn der Wert der vom Kläger empfangenen 4,2 Millionen Papiermark dürfte diesen Betrag von 6.000.- RM weit überstiegen haben (wie sich aus der späteren Zahlung des C. ergibt). Dem Ergebnis der Entscheidung ist daher auch nach der hier vertretenen Ansicht zuzustimmen.

Die Begründung des Reichsgerichts mit der Abrechnung nach dem Vermögen des Beklagten allein vermag dagegen in ihrer rein technischen Auffassung des Bereicherungsanspruches nicht zu befriedigen. Welche Vorstellung sollen die Parteien haben, wenn auf der einen Seite die empfangene Papiermark angerechnet wurde, auf der anderen Seite aber als weggefallen nicht angerechnet wurde? Die Übernahme des Risikos der Geldent-

240) Vgl. zu dieser Streitfrage v.Caemmerer Rabelf.S.357 und Lewaldff. S.447 ff.

wertung durch das nichtige Geschäft dürfte demgegenüber mehr einleuchten.

RG IV v.17.3.32 RGZ 153, 374

In der Zeit der Wohnungszwangswirtschaft 1924 ließ sich der Kläger eine Luxuswohnung mit 11 Zimmern durch das Wohnungsamt unter folgenden Bedingungen zuweisen: Er stellte eine Ersatzwohnung mit 4 Zimmern zur Verfügung und bezahlte 10.000.- M an das Wohnungsamt. Nach Ablauf der Wohnungszwangswirtschaft klagte er gegen die Stadtgemeinde - Wohnungsamt - auf Rückzahlung der 10.000.- M. Seine Wohnung erhielt er bei.

RG: Das Geschäft zwischen dem Kläger und dem Wohnungsamt sei nichtig, da sich die Behörde zum Nichteingreifen nicht wirksam verpflichten könne. Es bestehe also ein Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung, aber die Geltendmachung dieses Anspruchs verstoße gegen Treu und Glauben. Überdies sei die Bereicherung bei der beklagten Stadtgemeinde weggefallen.

Die Parteien seien schließlich von der Gleichwertigkeit ihrer Leistungen ausgegangen, der Kläger habe auch die Gegenleistung, nämlich Zuweisung der größeren Wohnung, erhalten. Die Beklagte könne das einwenden und brauche daher nichts herauszugeben.

Das Geschäft verstieß gegen den allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts, daß eine Verwaltungsbehörde sich nicht wirksam zur Vornahme oder Unterlassung von Verwaltungsakten verpflichten darf. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz ist wie ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zu behandeln. Das gilt auch für eine *datio ob causam*.

Die Begründung der Entscheidung mit § 242 BGB ist nicht befriedigend. Denn die Nichtigkeit und Gesetzeswidrigkeit der Vereinbarung liegt ja gerade darin, daß sich die Stadtgemeinde zur Nichtvornahme eines Verwaltungsaktes nicht wirksam verpflichten konnte. Mit § 817 Satz 2 BGB wäre das billigerweise Ergebnis daher besser zu begründen. Denn der Kläger verstieß durch seine Leistung ebenfalls gegen die guten Sitten.

Trotz dieser Bedenken ist die Entscheidung ein Beispiel für die Entwicklung des Gedankens, daß durch die Verknüpfung zweier Leistungen, wenn auch nur in einem conditionalen Synallagma, eine gegenseitige Abhängigkeit der Rückgewähransprüche entsteht. Eine Rückgabe der geleisteten 10.000.- M

wäre hier nur gegen Freimachung der Wohnung geschuldet gewesen. Da dies nach der rechtlichen Lage (Aufhebung der Wohnungszwangswirtschaft) nicht mehr möglich war, ist die Rückforderung nicht mehr zulässig. Nach der hier vertretenen Ansicht hätte die Stadtgemeinde daher eine Einrede entsprechend dem Rechtsgedanken des § 320 BGB geltend machen, beziehungsweise sich auf die Unmöglichkeit der Rückgabe durch den Kläger als Befreiungsgrund berufen können.

Die folgende neuere Entscheidung behandelt einen Grundstücksverkauf, der preisrechtlich nicht genehmigt wurde.

OGH v.21.6.48 OGHZ 1, 72

Der Kläger verkaufte dem Beklagten ein Gaststättengrundstück samt allem Zubehör. Der vereinbarte Preis wurde nicht genehmigt und auch nicht richtig beurkundet. Eine Zahlung von 10.000.- M auf den Kaufpreis war erfolgt; für den Überpreis von weiteren 10.000.- M hatte der Kläger mit dem Beklagten einen Darlehensvertrag geschlossen. Dieses Restkaufgeld sollte nach einem Jahr fällig sein; erfolgte die Rückzahlung zu diesem Zeitpunkt nicht, so sollte das ganze Geschäft hinfällig sein. Die Rückzahlung erfolgte nicht. Der Beklagte hatte auf das Grundstück Verwendungen gemacht. Ferner hatte er das miterworbene Inventar einer Brauerei zur Sicherung übereignet für eine Forderung in Höhe von etwa 2.500.- M.

OGH: Sämtliche Verträge seien unwirksam wegen Zusammenhangs mit dem ungenehmigten Grundstückskaufvertrag. Bei der Abwicklung nach Bereicherungsrecht habe eine Gesamtberücksichtigung aller einzelnen Posten stattzufinden. Dabei dürfe der Beklagte alles absetzen, aber auch der Kläger dürfe bei der Berechnung seiner Bereicherung alle Minderungen berücksichtigen. Hierbei sei auch die Darlehensforderung der Brauerei für die sicherungsübereigneten Möbel abzugsfähig, denn um sie sei das Empfangene beim Beklagten gemindert; bei Rückgabe hätten die Möbel entsprechend weniger Wert. Mangels genügender Aufklärung erfolgte Zurückverweisung.

Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ergibt sich aus den Preisvorschriften.

Die Entscheidung geht trotz des Bekenntnisses zur Saldotheorie über diese hinaus. Nach der Saldotheorie müßte der Beklagte nur herausgeben, was sich bei ihm noch befindet. Er könnte also das Inventar "belastet" mit der Sicherungsübereignung herausgeben. Denn mehr hat er nicht mehr. Die Pflicht zur "unbelasteten Rückgabe", hier also Rückgabe der Sicherungsübereignung des Inventars, läßt sich auch nicht aus § 818 II BGB

herleiten. Insoweit könnte sich der Beklagte daher auf seine Entreichung berufen.

Eine befriedigende Erklärung ergibt sich dagegen aus der Wirkung des faktischen Synallagma; danach muß der Beklagte die Sache im ursprünglichen Zustand oder Wert, so wie er sie bekommen hat, herausgeben (oder für eine Verminderung Ersatz leisten). Nur dann kann er auch Rückgabe seiner vollen Leistung erwarten. Trotz ihres Wortlauts (sowohl der Beklagte wie auch der Kläger könnten alles absetzen) ist die Entscheidung nicht der Zweikondiktionentheorie zuzurechnen, denn auch diese Theorie konnte die Pflicht zur Rückübereignung des Inventars frei von Belastungen nicht begründen. Die Entscheidung bestätigt vielmehr die hier vertretene Ansicht. Sie legt zwei Bereicherungsansprüche zu Grunde, die zum Zweck der Abwicklung miteinander verknüpft werden.

Die vorstehende Gruppe weist sehr verschiedene gesetzliche Verbote auf, die zur Nichtigkeit des Vertrages führten. Dabei ist dies nur ein kleiner Ausschnitt aus der großen Zahl gesetzlicher Verbote, die die Unwirksamkeit schuldrechtlicher Verträge herbeiführen können. Ein zusammenfassendes Urteil läßt sich daher nicht fällen, sondern es muß gerade hier für die differenzierende Betrachtung Raum bleiben. Dies zeigt etwa auch ein Verbot, wie es das Reichsgericht in DJZ 1910, 1025 zu beurteilen hatte²⁴¹⁾. Es hängt von der Gestaltung des Einzelfalles ab, inwieweit sich der Schutzzweck der Verbotsnorm mit der Rückabwicklung durch die Saldotheorie bzw. der Bindung durch faktisches Synallagma verträgt.

Bei den zusammengestellten Entscheidungen wurde bis auf einen frühen Fall durchweg Saldotheorie angewendet oder wenigstens die Anwendung gutgeheißen. Die Ergebnisse weichen von denen der Zweikondiktionentheorie in beinahe allen Fällen ab, während nach der hier vertretenen Ansicht dieselben Ergebnisse erzielt worden wären. Es sind dabei so schwierige Probleme wie die Geldentwertung oder die Tragung des Risikos für Unterschlagungen eines Vertreters befriedigend gelöst. Die letzte Entscheidung (OGHZ 1, 72 S.110) weist Ansätze zur

241) Verbot für Handwerkerinnungen, historische Stücke der alten Zünfte usw. zu veräußern, § 89b Z1 3 GewO. Vgl. hierzu auch v.Caemmerer zu § 817 BGB in SJZ 1950, 649.

Überwindung der Saldotheorie auf. Unter dem Vorbehalt der gerade hier erforderlichen differenzierenden Betrachtung besteht kein Bedenken, die Möglichkeit der Bindung durch faktisches Synallagma ist auch in dieser Gruppe grundsätzlich zu bejahen.

4. Als nächste Gruppe folgen die Fälle, in denen ein

Verstoß gegen die guten Sitten

die Nichtigkeit herbeiführte.

RG IV v. 10.6.15 JW 15, 918 (7) =

Warn Rspr 1915, 199 (S. 299) = Recht 15, 2266

Eine OHG in Geldnöten verkaufte verschiedene Posten Stoffe an den Beklagten mit dem Vorbehalt des Rückkaufs. Der Konkursverwalter der OHG macht in seiner Klage auf Rückgabe der Stoffe bzw. Wertersatz soweit sie verkauft sind, Wucher des Beklagten geltend.

RG: Der Anspruch des Konkursverwalters sei nach §§ 812, 818 II begründet. Das Geschäft bedürfe ganzheitlicher Betrachtung. Bei der Berücksichtigung aller Umstände seien von der Bereicherung des Beklagten durch die Stofflieferungen seine Zahlungen hierfür abzusetzen. Diese mindern den Bereicherungsanspruch unmittelbar und begründen kein Zurückbehaltungsrecht.

Da der Anspruch aus § 985 jedoch noch ungeklärt sei, werde die Sache zurückverwiesen.

Die Entscheidung stützt sich auf die Saldotheorie. Sie geht davon aus, daß die Annahme eines wucherischen Geschäftes die dinglichen Akte nicht berührt. Auch im Konkurs wird saldiert, sodaß der Beklagte hinsichtlich seiner Zahlungen nicht auf die Konkursquote verwiesen wird. Zum gleichen Ergebnis kommt man bei der Bindung durch faktisches Synallagma über § 17 KO²⁴²⁾.

Nun wurde in dem Rechtsstreit offenbar vom klagenden Konkursverwalter zugleich noch § 985 BGB bezüglich der gelieferten Stoffe geltend gemacht. Geht man davon aus, daß die Nichtigkeit bei § 138 II BGB (wie es heutige Auffassung ist) auch die dinglichen Akte ergreift und ein Teil der Stoffe schon vom Beklagten weiterverkauft ist, so stellt sich von neuem das Problem der Einbeziehung von Eigentumsherausgabeanspruch und Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut

242) s. oben S. 83.

(durch Veräußerung) in das faktische Synallagma der Rückabwicklung. Es wird auch an diesem Fall deutlich, daß eine verschiedene Behandlung nicht haltbar wäre und daß die Abwicklung bei Einbeziehung auch dieser Ansprüche am reibungslosesten vonstatten ginge²⁴³⁾. Es wäre hierfür allerdings die Bedeutung von § 817 BGB für den Anspruch des Wucherers zu klären.

Das Reichsgericht mußte den Rechtsstreit zurückverweisen, da sowohl Eigentumsherausgabeanspruch wie auch die beantragten Summen unklar bzw. widersprüchlich vorgetragen waren.

Die folgende Entscheidung behandelt ein nichtiges Darlehen.

RG VII v.11.5.20 RGZ 99, 161

Für angebliche Heeresbelieferungen erschwindelte sich die spätere Gemeinschuldnerin hohe Darlehensbeträge. Sie hatte Zinsen von 360 bis 720% p.a. versprochen und teilweise auch bezahlt. Der Konkursverwalter begehrte Rückzahlung dieser Zinsbeträge.

RG: Die Darlehensverträge seien wegen Sittenwidrigkeit nichtig; die Sittenwidrigkeit liege dabei sowohl in der Höhe der vereinbarten Zinsen wie auch in dem Zweck der Ausbeutung der Heeresbelieferung zum persönlichen Vorteil. Minderungen der Bereicherung seien nicht zu berücksichtigen, da die Empfänger gem. §§ 818 IV, 819 BGB nach allgemeinen Vorschriften hafteten. Zu prüfen sei aber die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB; da jedoch dem Konkursverwalter ein solcher Sittenverstoß nicht vorzuwerfen sei, könne er die Zinsen zurückverlangen.

Das Reichsgericht behandelt den Anspruch als einseitigen Bereicherungsanspruch. Es stellt sich auf den Standpunkt, daß, wenn § 818 III BGB nicht mehr anwendbar ist, auch eine Saldierung nicht mehr zulässig sei. Das entspricht noch der Auffassung der Berücksichtigung der Gegenleistung allein unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Bereicherung. Später hat sich das Reichsgericht hierzu anders entschieden²⁴⁴⁾. Auch die Auffassung, daß dem Konkursverwalter bezüglich § 817 Satz 2 BGB mehr Rechte zustehen sollen als dem Gemeinschuldner selbst, ist zweifelhaft und bestritten²⁴⁵⁾.

243) hierzu oben S.61 f.

244) Vgl. RGZ 139, 208, s.u.S.115.

245) Vgl. RGZ 111, 155 "wirkt § 817 Satz 2 auch gegen den Erben?", was bejaht wird; RGRKomm. § 817 Anm.2 letzter Abs.

Sieht man aber davon ab, ergibt sich die Frage, ob auch bei einem Darlehen eine Bindung durch faktisches Synallagma möglich ist. Das wird man bejahen dürfen. Die Leistung des Darlehensgebers ist die Überlassung der Nutzung der Darlehenssumme, die Gegenleistung sind die Zinsen. Hier war der Vertrag nichtig, daher konnte der Konkursverwalter zurecht die Zinsen zurückverlangen (wenn man nicht einen Mindestsatz von 4 % p.a. als eine Art "gesetzliche Gegenleistung" ansehen will, da die Nutzung für die verflossene Zeit der Empfängerin ja zugeflossen ist²⁴⁶⁾). Andererseits waren aber die hingegebenen Darlehensbeträge abzusetzen. Zu diesem Ergebnis wäre die Saldotheorie in ihrer heutigen Form gekommen, die sich nicht mehr auf § 818 III BGB stützt²⁴⁷⁾, und zu diesem Ergebnis käme auch die Bindung durch faktisches Synallagma, die die Aufrechnung zulassen würde. Soweit § 817 BGB auf beiden Seiten eingreifen würde, was hier zu bejahen ist, müßte die Abwicklung allerdings unterbleiben; bei nur einseitigem Sittenverstoß bliebe es beim einseitigen Bereicherungsanspruch des Bewucherten. Damit läßt sich auch das Ergebnis der Entscheidung des Reichsgerichts stützen (wenn man davon absieht, daß der Konkursverwalter nicht mehr Rechte als die Gemeinschuldnerin hat).

In der folgenden Entscheidung hat das Reichsgericht die Saldotheorie bei einem nichtigen Darlehen angewendet.

RG IV v.12.6.22 RGZ 105, 29

Die Klägerin gab der beklagten Firma verschiedene Darlehen mit der Abrede, daß für je 3 Wochen 10% Zins zu bezahlen seien (also etwa 180 % p.a.). Die beklagte Firma wollte durch Gewinn bei der Heeresbelieferung zu solchen Zinszahlungen imstande sein. Die Gesamtsumme der Darlehen betrug 15.670.- M; Gewinn bzw. Rückzahlungen waren in Höhe von 4.262.- M erfolgt.

Die Klägerin verlangt nun vom Konkursverwalter der beklagten Firma 60.000.- M, nämlich Kapital samt Zinsen in der vereinbarten Höhe. Der beklagte Konkursverwalter wendet dagegen Sittenwidrigkeit des Vertrags ein, der der Wirksamkeit überhaupt entbehre.

RG: Der Vertrag sei wegen Verstosses gegen die guten Sitten nichtig. Die Saldotheorie komme zur Anwendung. Danach seien

246) in diesem Sinn RGZ 151, 123 unten S.127.

247) Vgl. oben S.18 und RGZ 139, 208 unten S.115.

sämtliche Verminderungen und Vermehrungen des Vermögens, die in ursächlichem Zusammenhang mit dem Leistungsempfang stehen, zu berücksichtigen. Die Saldotheorie sei dabei nicht auf gegenseitige Verträge beschränkt, sondern auch bei Darlehen anzuwenden (RGZ 83, 159 und Warn Rspr 15, 199 oben S. 112).

Die Klägerin müsse sich also alles Empfangene anrechnen lassen. Zusammen mit einem bereits anerkannten Anspruch wird ihr die Darlehenssumme ohne Zinsen zugesprochen.

Der Fall liegt umgekehrt wie der vorhergehende bezüglich der Verteilung der Parteirollen. Die Entscheidung erwähnt § 817 Satz 2 BGB nicht und läßt die Rückforderung zu.

Die Entscheidung stützt sich auf die Saldotheorie; die Gewinnzahlungen werden als Rückzahlungen vom Hauptanspruch abgesetzt. Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Wegfall der Leistung wurde nicht geltend gemacht; die Zweikondiktionen-theorie hätte daher auf dem Weg über die Aufrechnung zum selben Ergebnis geführt. Auch die Bindung durch faktisches Synallagma, die beim Darlehen bejaht werden kann, hätte nichts anderes ergeben.

Die folgende Entscheidung war für die Saldotheorie von großer Bedeutung.

RG VII v.13.1.33 RGZ 139, 208

Eine OHG, die mit ihren Gläubigern einen Vergleich auf der Basis von 30% geschlossen hatte, hatte die Mittel hierzu in Höhe von 6.000.- M als Darlehen von S. bekommen. Die Firma G., mit der die OHG in ständiger Geschäftsbeziehung stand, hatte sich von der OHG durch Sicherungsübereignung erhebliche Vermögenswerte übertragen lassen.

S. trat seine evtl. Ansprüche gegen die Firma G. an den Konkursverwalter der inzwischen fallierten OHG ab; dieser machte sie aus § 419 BGB, hilfsweise aus § 812 BGB gegen die Firma G. geltend.

RG: § 419 BGB finde hier keine Anwendung. Aber bezüglich des Sicherungsübereignungsvertrags sei § 138 BGB zu bejahen. Die Benachteiligung der Gläubiger verstoße gegen die guten Sitten.

Es lasse sich begrifflich jedoch keine Bereicherung konstruieren, die von der Gegenleistung oder ihr gleichstehenden Aufwendungen absehe. Die Berechnung der Bereicherung unter Berücksichtigung der Gegenleistung geschehe ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben des Bereicherten. Auch bei der sogenannten verschärften Haftung, wo nachallgemeiner Vorschrift gehaftet werde, finde die Saldierung statt. Denn es handle sich nicht um einen Wegfall der Bereicherung nach § 818 III BGB, sondern darum, ob überhaupt eine Be-

reicherung vorliege und in welchem Umfang sie noch vorhanden sei.

Infolgedessen sei bei der Firma G. zu prüfen, was als Bereicherung von den sicherungsübereigneten Gegenständen vorhanden sei und was die Firma G. darauf an neuem Kredit gegeben habe (der früher gegebene Kredit bleibe dagegen unberücksichtigt). Nur der Überschuß stelle die Bereicherung der beklagten Firma dar.

Zur Klärung dieser Umstände wurde zurückverwiesen.

Die Entscheidung bekennt sich zur Saldotheorie; und zwar läßt sie die Saldierung über die Grundlage des § 818 III BGB hinaus zu, ohne Rücksicht auf die Strenge der Haftung. Diesem Ergebnis ist von dem hier vertretenen Standpunkt aus zuzustimmen; es läßt sich aber mit der technischen Auffassung der Saldotheorie des Reichsgerichts nicht voll vereinbaren. Weintraud²⁴⁸⁾ lehnte dies daher noch ab, da für ihn die Berücksichtigung der Gegenleistung nur eine Art des Wegfalls der Bereicherung war.

Für die wirtschaftliche Orientierung der Saldotheorie folgerichtig berücksichtigt das Reichsgericht, was die beklagte Firma G. auf die Sicherungsübereignung an neuem Kredit eingeräumt hatte. Denn S. hatte zwar seine Ansprüche gegen G. an den Konkursverwalter der OHG abgetreten. Da § 419 BGB aber abgelehnt wurde, und eine Bereicherung des G. auf Kosten des S. nicht nahe liegt, macht der Konkursverwalter lediglich das eigene Recht der OHG geltend. Kreditverhältnis und Sicherungsübereignung waren so eng miteinander verbunden, daß sie als einheitliches Geschäft angesehen werden konnten.

Für die Bindung durch faktisches Synallagma stellt sich aber die Frage, ob die Leistungen hier im Austauschverhältnis standen und deshalb miteinander verknüpft werden können.

Die OHG hatte hier ihren Lieferanten Vermögenswerte übertragen und dafür Kredite erhalten. Die Einräumung der Kredite wäre ohne die Sicherungsübereignung nicht erfolgt. Diese enge Abhängigkeit dürfte es rechtfertigen, die Bindung durch faktisches Synallagma entsprechend auch bei Sicherungsverträgen und darauf erbrachte Leistungen wie Kreditgewährung einerseits und Sicherungsübereignung andererseits

248) a.a.O. S.72; ferner RGZ 99, 161 s.o.S.113.

anzuwenden. Auch diese Leistungen stehen unter dem Gesetz des "do ut des"; es kann und muß daher auch bei der Rückabwicklung Berücksichtigung finden.

Die Bindung durch faktisches Synallagma würde bewirken, daß die Rückgabe der Sicherheiten davon abhängig gemacht werden kann, daß die gewährten Kredite (und zwar die auf diese Sicherung gewährten Kredite) zurückbezahlt werden. Nur soweit dies möglich ist, brauchen die Sicherheiten freigegeben zu werden. G. mußte also zurecht nur herausgeben, was durch die gewährten Kredite nicht gedeckt wurde; für den Rest hatte G. nach hier vertretener Ansicht ein Leistungsverweigerungsrecht.

Seine besondere Note bekommt der Fall durch den Umstand, daß die OHG in Konkurs gefallen war. Wären die Ansprüche isoliert nach der Zweikonditionentheorie zu betrachten, so hätte die Gemeinschuldnerin durch den Konkursverwalter die Sicherheiten herausverlangen können; für die Darlehensrückzahlungen wäre G. auf die Konkursquote angewiesen gewesen. Es zeigt sich hier daher die Sicherungswirkung der Saldotheorie im Konkurs, wie sie für das faktische Synallagma über § 17 KO eintritt.

Darüber hinaus läßt sich hier zeigen, daß die Einbeziehung des Eigentumsherausgabeanspruchs in die schuldrechtliche Abwicklung erforderlich ist. Denn hätte sich die Nichtigkeit des Sicherungsvertrages auch auf die Sicherungsübereignung erstreckt (was nahe liegt), hätte der Konkursverwalter die Sicherheiten nach § 985 BGB herausverlangen können. Soll dann G. deshalb auf die Konkursquote angewiesen sein für seinen Rückforderungsanspruch? Die unterschiedliche Behandlung würde nicht befriedigen können.

Bei zusammenfassender Betrachtung der Gruppe ergibt sich, daß sich das Reichsgericht in allen Fällen zur Saldotheorie bekannte. Die Mehrzahl der Entscheidungen beruht auch auf ihrer Anwendung. Während die Saldotheorie nach ihrem Ausgangspunkt, dem Umfang des Bereicherungsanspruchs, auch bei Darlehen zur Saldierung kommt, bedarf es für die hier

vertretene Ansicht der Überlegung, ob ein Leistungsaustausch mit Abhängigkeit der gegenseitigen Leistungen voneinander gegeben ist. Für Darlehen und auch Sicherungsvertrag (Kreditgewährung gegen Sicherungsübereignung und Zinszahlung) dürfte das zu bejahen sein. Denn auch sie stehen unter der Regel des "do ut des". Der letzte Fall gab auch Gelegenheit, die Wirkung der Saldotheorie im Konkurs aufzuzeigen. Zugleich hat in dieser Entscheidung das Reichsgericht § 818 III BGB als Grundlage der Saldierung aufgegeben und sich damit der hier vertretenen Ansicht genähert, daß die Verknüpfung eine Folge der Abwicklung und nicht des Bereicherungsbegriffes ist.

Durch die nach herrschender Meinung in § 138 II BGB angeordnete Nichtigkeit des Erwerbs des Wucherers wird deutlich, wie sehr das Problem der Einbeziehung des Eigentumsherausgabeanspruchs in die schuldrechtliche Abwicklung nach Lösung verlangt. Eine unterschiedliche Behandlung je nach dem ob Sittenwidrigkeit oder Wucher vorliegt, erscheint nicht gerechtfertigt und auf die Dauer haltbar.

Die zusammengestellten Fälle weisen außer einem, in dem § 817 Satz 2 BGB anwendbar ist, keine Interessenlagen auf, die eine Verknüpfung der beiderseitigen Leistungen verbieten würde. Es konnte daher auch in allen Fällen die Anwendbarkeit des faktischen Synallagmas bejaht werden. Es gilt aber auch hier, wie bei der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, für eine unter Umständen notwendige Differenzierung den Weg frei zu halten. Gerade beim Nichtigkeitsgrund des Sittenverstoßes sind Interessenlagen denkbar, bei denen eine Rückleistungspflicht dem Schutzzweck des § 138 BGB zuwiderlaufen würde. In manchen Fällen können zwar § 817 Satz 2 BGB oder eine zusätzlich mögliche Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder schließlich ein Deliktsanspruch helfen; es sind aber auch andere Fälle denkbar.

5. Die folgende Gruppe umfaßt die Fälle, die einen

Mangel in der Vertretungsmacht

als Nichtigkeitsgrund aufweisen. Die beiden ersten Entscheidungen haben besonderes Aufsehen erregt.

RG II v.20.1.20 RGZ 98, 64

Der minderjährige L, Bierkutscher, verkaufte der Beklagten für ihr Kasino in eigenem Namen mehrere Posten Fleisch, insgesamt im Wert von 9.000.-M. Das Fleisch wurde vom Kläger direkt an die Beklagte geliefert. Dabei nahm der Kläger an, daß L. in seinem, des Klägers Namen, kontrahiert habe. Die Beklagte bezahlte das Fleisch jeweils an L, den sie ihrerseits für ihren Kontrahenten hielt. L. behielt das Geld für sich und verbrauchte es. Nun verlangt der Kläger von der Beklagten Zahlung des gelieferten Fleisches.

RG: Eine Vermögensverschiebung zu Lasten des Klägers und zu Gunsten der Beklagten liege vor. Ein rechtlicher Grund für diese Vermögensverschiebung fehle, denn zwischen Kläger und Beklagtem bestehe keine rechtliche Beziehung. Der Kläger habe mit der Lieferung auch nicht die Verpflichtung des L. erfüllen wollen, sondern seine eigene.

Da aber Bezahlung an L. erfolgt sei, sei die Bereicherung weggefallen (ohne daß sich das Reichsgericht hierfür ausdrücklich auf die Saldotheorie berief). Die Beklagte sei nicht böswillig gewesen und damit sei der Wegfall der Bereicherung auch durch §§ 818 IV, 819 nicht ausgeschlossen gewesen. Das Reichsgericht hat die Klage abgewiesen.

Diese schwierige Entscheidung hat in der Literatur Widerspruch erregt. Sie wurde z.B. von Oertmann²⁴⁹⁾ abgelehnt, auch der Reichsgerichtsrätekommentar stimmt ihr nicht zu²⁵⁰⁾. Vor allem sei der Anspruch gegen L. bei der Entscheidung nicht berücksichtigt. Dieser Einwand führt auf das Problem, das auch die Einordnung bei der Gruppe Vertretungsmängel, nicht bei der Gruppe Dissens rechtfertigt. Die Entscheidung des Falles hängt davon ab, wem die Leistung zuzurechnen ist, die der Bierkutscher L. entgegennahm. Es dreht sich also um das Problem der "Stellvertretung" bei der Bereicherung²⁵¹⁾.

Der Sachverhalt bietet nicht genügend Anhaltspunkte, um entscheiden zu können, ob die Leistung des Geldes an L. durch

249) Komm. A.3 zu § 818 BGB, S.1358.

250) Anm. 7, 2 zu § 818 BGB.

251) Vgl. hierzu v.Caemmerer Rabelf. S.348 f.

die Beklagte als Leistung der Beklagten an den Kläger angesehen werden kann. Es fehlen Feststellungen darüber, ob der Kläger den Rechtsschein einer Vollmacht des L. erweckt hat evtl. durch Duldung. Immerhin hat der Kläger jeweils das bei L. bestellte Fleisch geliefert, muß also zu L. Beziehungen gehabt haben. Er hielt sich jedoch selbst für die Vertragspartei, während die Beklagte L. für ihren Kontrahenten ansah.

Eine gegenseitige Leistungskondition liegt jedenfalls nur vor, wenn L. rechtlich als Empfänger für den Kläger anzusehen ist. Ist das nicht der Fall, so ist eine Absetzung der Zahlungen der Beklagten an L. nicht möglich. Insoweit liegt es dann nicht anders als bei der Zahlung an Dritte bei gutgläubigem Erwerb. Es fehlt dann ebenfalls an jedem gegenseitigen Kontakt, der ein faktisches Synallagma hätte hervorbringen können, das zur Berücksichtigung der Gegenleistung berechtigt hätte.

Die Angriffe gegen die Entscheidung sind also in erster Linie aus der mangelhaften Aufklärung der Stellung des L. und seiner Zuordnung zu erklären. Ist L. als Empfänger für den Kläger anzusehen, ist dem Ergebnis der Entscheidung zuzustimmen. Denn dann muß der Kläger das Risiko für die Handlungen seines Vertreters tragen.

Die beiden folgenden Entscheidungen weichen von der Saldotheorie ab.

RG II v.20.12.18 RGZ 94, 253

Eine Landgemeinde bestellte im Krieg 9000 Pf. Goudakäse und bezahlte gleich. Als der Käse von auswärts eintraf, war er zu einem Drittel verdorben. Trotz Rüge nahm der Verkäufer die Ware nicht zurück, sodaß die Landgemeinde den Käse versteigern ließ. Der Erlös der Versteigerung betrug 3.396.55 M; der bezahlte Kaufpreis betrug 18.148.80 M. Das Geschäft war durch den Gemeinderat nicht genehmigt worden. Die Gemeinde verlangt daher den Kaufpreis abzügl. Versteigerungserlös zurück.

RG: Die Genehmigung des Gemeinderats sei zur Wirksamkeit des Geschäfts erforderlich gewesen; da sie nicht erteilt worden sei, sei das Geschäft unwirksam und nach Bereicherungsrecht abzuwickeln. Dabei sei von einer Gesamtabrechnung aller Vor- und Nachteile auszugehen, während Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen seien. Das Reichsgericht bekennt sich zur Saldotheorie. Die Anwendung

der Saldotheorie führe aber nicht dazu, den beklagten Verkäufer nur für den Überschuß des empfangenen Kaufpreises über den Wert der Ware im Zeitpunkt der Lieferung haften zu lassen. Denn solange die Rückgabe der Leistung in Natur möglich sei, sei trotz Wertminderung auch Rückgabe des vollen Kaufpreises geschuldet. Daran könne die Versteigerung nichts ändern. Denn nach Bereicherungsgrundsätzen treffe die Gefahr der Wertverringerung nicht die Klägerin, sondern den Beklagten. Als vom Beklagten aufgeopfert und damit als abzugsfähig könne nur gelten, was bei der Klägerin noch vorhanden sei.

In der Literatur wird die Entscheidung mit Recht als widersprüchlich bezeichnet²⁵²⁾. Sie bringt aber einen wesentlichen neuen Gedanken.

Die Widersprüchlichkeit liegt darin, daß der vom Verkäufer geleistete Käse nicht zu dem Wert als Abzugsposten berücksichtigt wird, in dem er das Vermögen des Verkäufers verließ, sondern zu dem wesentlich geringeren Wert zur Zeit der Versteigerung. Die Begründung, die das Reichsgericht gibt, vermag nicht zu überzeugen. Der Satz "nach Bereicherungsgrundsätzen treffe die Gefahr der Wertverringerung nicht die Klägerin sondern den Beklagten" ist für die Saldotheorie sogar unrichtig. Denn es wurde oben als Wirkung der Saldotheorie gerade herausgearbeitet, daß der Empfänger der Leistung das Risiko zu tragen hat, nicht der Leistende. Denn, kann der Empfänger das Empfangene nicht voll herausgeben, bekommt er auch seine Leistung nicht zurück. Kann also die Landgemeinde den Käse nicht herausgeben, bekommt sie auch den Kaufpreis nicht zurück. Die Ausführungen des Reichsgerichts entsprechen vielmehr dem einseitigen Bereicherungsanspruch und seiner Gefahrverteilung, wie sie praktisch wird bei Anwendung der Zweikondiktionentheorie.

Trotzdem wollte das Reichsgericht mit dieser Entscheidung nicht zur Risikoverteilung der Zweikondiktionentheorie zurückkehren. Anlaß für die Abweichung von den Ergebnissen der Saldotheorie war vielmehr, daß der gelieferten Käse sachmängelbehaftet war. Dieser Mangel hätte bei gültigem Vertrag zur Wandlung geführt, die Landgemeinde hätte den Käse zurückgeben können, und der Beklagte hätte den Kaufpreis herausgeben müssen. Durch die Mangelhaftigkeit des Geschäftes

252) Weintraud a.a.O. S.38; RGRKomm. Vorbem. 5 d vor § 812, S.644.

sollte die Klägerin um diesen Vorteil nicht gebracht werden, vor allem aber sollte der Beklagte aus dem Mangel des Geschäfts keinen Nutzen ziehen. Wie in den sogenannten Fällen der Doppelwirkung im Recht²⁵³⁾ stehen hier Vertretungsmangel und Sachmangel als Doppelmangel nebeneinander. Das eine braucht die Wirkung des andern nicht auszuschließen. Mit der theoretischen Grundlage der Saldotheorie läßt sich das allerdings schlecht vereinbaren, da sie eine Differenzierung nach dem Grund des Wegfalls der Bereicherung nicht kennt.

Nach der hier vertretenen Ansicht erklärt sich die Nichtberücksichtigung der Gegenleistung aus dem Rechtsgedanken, der § 324 BGB zu Grunde liegt. Der Verkäufer hat sachmangelbehafteten Käse geliefert; die Käuferin kann ihn aus diesem Grund nicht mehr voll zurückgeben. Der Sachmangel ist ein vom Verkäufer zu vertretender Umstand. Es wäre ein Verstoß gegen das Verbot des "venire contra factum proprium", wollte sich der Verkäufer demgegenüber noch darauf berufen, daß er den empfangenen Kaufpreis nur gegen Rückgabe des vollwertigen Käse herauszugeben habe²⁵⁴⁾; Es liegt hier daher nicht nur eine Unmöglichkeit vor, die vom Käufer nicht zu vertreten ist, sondern eine Unmöglichkeit der Rückgabe, die der Verkäufer zu vertreten hat²⁵⁵⁾. Der Verkäufer muß also gegen Rückgabe des Restes der Sache (hier des Versteigerungserlöses) den vollen Kaufpreis herausgeben. Das faktische Synallagma vermag sich dieser Interessenlage, die von der regelmäßigen abweicht, anzupassen. Die Parteien wollten auch bei Fehlschlagen des Vertrages nicht mehr Risiko auf sich nehmen als im wirksamen Vertrag. Die Bindung durch faktisches Synallagma muß dies berücksichtigen. Das Reichsgericht hat einen über den Einzelfall hinausgehenden Interessenkonflikt zu-

253) Th. Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, Festschrift für F.v.Martitz, S.211 ff.

254) Vgl. oben S.57.

255) A.Blomeyer S.537 nimmt diese Entscheidung daher zu Unrecht für seine Ansicht in Anspruch. Es ist hier nicht nur ein zufälliger Untergang, für den A.Blomeyer dem Leistenden, hier also dem Verkäufer (analog § 350 BGB), das Risiko aufbürden will, sondern eine vom Verkäufer zu vertretende Verschlechterung.

treffend gelöst; das faktische Synallagma bietet die zugehörige Erklärung.

Die folgende Entscheidung hat einen ähnlichen, wenn auch nicht ganz so eindeutigen Fall zum Gegenstand.

OGH v.26.11.48 OGHZ 1, 242

Die beklagte Firma hatte 1945 an eine Reichsbanknebenstelle 4 Schecks von SS-Einheiten verkauft. Die Schecks waren von der Reichsbanknebenstelle honoriert worden. Nachträglich verweigerte die Reichsbankhauptstelle die für das Geschäft erforderliche Genehmigung. Mit der Klage verlangt die Reichsbank i.L. Rückzahlung der ausbezahlten Summe.

OGH: Die Genehmigung der Reichsbankhauptstelle sei zu dem Ankauf der Schecks erforderlich gewesen. Auch nach Treu und Glauben sei die Verweigerung dieser Genehmigung zulässig. Die Beklagte müsse daher die erhaltene Summe zurückzahlen. Zur Klärung von Einzelheiten wurde der Rechtsstreit zurückverwiesen.

Die Entscheidung geht von der einseitigen Rückgabepflicht der Beklagten aus, ohne auf das gegenseitige Verhältnis einzugehen. Der Kauf ist wegen mangelnder Vertretungsmacht nicht zustande gekommen; er hätte aber im Ganzen rückabgewickelt werden müssen. Der Oberste Gerichtshof erwägt weder einen einseitigen Wegfall der Bereicherung bei der Beklagten, noch eine gegenseitige Abhängigkeit der Ansprüche. Denn die Reichsbank war zur Rückgabe der Schecks verpflichtet, auch wenn diese u.U. als wertlos angesehen wurden. Diese Rückgabe war wegen der Ereignisse anscheinend nicht mehr möglich. Trotzdem wäre aus der unterlassenen Rückgabe nicht die Folgerung zu ziehen, daß die beklagte Firma die empfangene Summe nicht zurückzahlen müßte. Denn nach allgemeinen Bankbedingungen muß bei Ankauf von Schecks stets die Klausel "Eingang vorbehalten" als mitvereinbart angesehen werden. Diese Klausel hätte hier auch bei gültigem Vertrag eine Rückbelastung der beklagten Firma zur Folge gehabt. Es liegt daher nicht anders als bei der Entscheidung RGZ 94, 253. Die fehlende Genehmigung der Hauptstelle durfte daher nicht zu Gunsten der beklagten Firma auf eine Aufrechterhaltung des Geschäfts hinwirken. Die beklagte Firma kann sich nicht darauf berufen, daß sie zur Rückzahlung nur gegen Rückgabe der Schecks ver-

pflichtet sei, denn sie hat das Risiko der Unmöglichkeit der Einlösung zu tragen. Insoweit ist daher dem Ergebnis der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zuzustimmen.

Die zusammenfassende Betrachtung der Gruppe ergibt, daß nur die erste Entscheidung der Saldotheorie folgt. Und auch bei dieser hängt es davon ab, ob die Voraussetzungen der Stellvertretung bei der Bereicherung gegeben sind. Die Entscheidung, die sich nicht ausdrücklich auf Saldotheorie beruft, ist in dieser Beziehung nicht klar genug.

Die beiden andern Entscheidungen, deren erste sich auf die Saldotheorie ausdrücklich stützt, weichen von der üblichen Interessenlage ab. Das Ergebnis entspricht daher auch nicht dem der Saldotheorie. In beiden Fällen hätte im wirksamen Vertrag der Leistende die Mangelhaftigkeit oder Wertlosigkeit seiner Leistung vertreten müssen. Dies muß auch beim fehlgeschlagenen Vertrag berücksichtigt werden. Das faktische Synallagma kann sich dafür auf den Rechtsgedanken des § 324 BGB und auch das allgemeine Verbot des "venire contra factum proprium" stützen.

Obwohl nur eine der Entscheidungen auf der Saldotheorie beruht, dürfte dies kein Anzeichen dafür sein, daß die Vertretungsmängel stets abweichende Interessenlagen mit sich bringen, die eine Bindung durch faktisches Synallagma verbieten. Denn die beiden Fälle der vom Leistenden zu vertretenden Verschlechterung oder Entwertung hängen nicht mit dem Vertretungsmangel des Geschäftes zusammen. Die Fälle der vom Leistenden zu vertretenden Verschlechterung haben vielmehr Bedeutung für alle einzelnen Gruppen. Die Gruppe der Vertretungsmängel dagegen dürfte grundsätzlich mit der Bindung durch faktisches Synallagma zu erfassen sein; durch die Rechtsprechung ist dies bisher allerdings nicht zu belegen.

6. Die weitere Gruppe behandelt die Fälle, bei denen

Dissens

zur Nichtigkeit des Vertrages führte. Es sind dies nur zwei Entscheidungen.

OLG Ffm. 3 ZS v.30.9.28 JW 29, 791²⁵⁶⁾

Der Kläger, vertreten durch L, verkaufte dem Beklagten ein Grundstück. L. besaß Vollmacht in gehöriger Form. Im Vertrage übernahm der Beklagte sämtliche Kosten, wobei beide Parteien davon ausgingen, daß Wertzuwachssteuer nicht erhoben würde. Eine Einigung über diesen Punkt erfolgte daher nicht und wurde auch nicht beurkundet. Für die Auflassung wurde eine Vormerkung bewilligt und eingetragen. Der Beklagte hinterlegte beim Notar eine Anzahlung in Höhe von 10.000.- M, die auf nachträgliche Weisung des Klägers dem L. ausbezahlt wurde.

Der Kläger begehrt nun Löschung der Vormerkung; der Beklagte will dagegen zuvor seine Anzahlung zurück haben. L. ist mittellos und hat das empfangene Geld für sich verbraucht.

OLG: Mangels Beurkundung aller Einzelheiten sei der Vertrag gem. §§ 313, 125 BGB nichtig. Auf Löschung der Vormerkung, die als dingliches Geschäft wirksam gewesen sei, bestehe ein Bereicherungsanspruch des Klägers. Auf Grund der Saldotheorie sei aber hierbei der Nachteil zu berücksichtigen, den der Beklagte durch die Leistung der Anzahlung in Höhe von 10.000.- M erlitten habe. Nur gegen Rückzahlung der 10.000.- M brauche daher der Beklagte die Bereicherung herauszugeben. Daß die 10.000.- M beim Kläger nicht mehr vorhanden seien, sei dabei unerheblich. Die Saldotheorie bedürfe der Modifizierung: Herausgabe der Bereicherung habe gegen Ersatz der damit verbundenen Aufwendungen und Schäden zu erfolgen. Im Gegensatz zu Schwarzkäufen und arglistiger Täuschung müsse hier daher Rücktausch stattfinden.

Die Nichtigkeit des Vertrags beruht hier auf Dissens, erst in zweiter Linie auf der mangelnden Beurkundung; denn auch bei Eintragung und dadurch bewirkter Heilung des Formfehlers wäre der Vertrag nichtig geblieben.

In seiner Anmerkung a.a.O. lehnt de Boor die Entscheidung ab, da alle Voraussetzungen des § 894 BGB vorgelegen hätten. Dieser kenne keine Saldierung. Im übrigen habe man die Bereicherung beim Beklagten gar nicht bemessen; jedenfalls sei sie geringer als 10.000.- M. Die Entscheidung beruhe auf einem Rechtssatz "bei nichtigem gegenseitigem Vertrag ist die Leistung jedenfalls gegen Erstattung der Gegenleistung herauszugeben". Ein solcher Rechtssatz bestehe aber nicht und es sei fraglich, ob er zu wünschen sei.

De Boor hat klar ausgesprochen, was die Saldotheorie für die Abwicklung des Vertrages bedeutet. Seine Formulierung deckt sich mit dem hier vertretenen Standpunkt. De Boor hat diese Konsequenzen allerdings noch abgelehnt.

256) mit Anmerkung von de Boor.

Die Entscheidung bietet einen Beitrag zur Behandlung der Stellvertretung bei der Bereicherung. L. bekam als Vertreter des Klägers auf dessen Weisung das Geld ausbezahlt. Damit gilt für den Vertrag die Anzahlung an den Kläger erbracht; dies gilt auch für den fehlgeschlagenen Vertrag. Der Kläger muß sich so behandeln lassen, als habe er die Anzahlung erhalten. Und da er vom Gegner "seine Leistung", nämlich die Vormerkung zurückhaben möchte, gilt der Satz: "nur wenn er das Empfangene herausgeben kann und will, bekommt er seine eigene Leistung zurück". Das OLG Frankfurt ist in seiner Entscheidung über die Formulierungen der Saldotheorie etwas hinausgegangen; es nähert sich dem hier vertretenen Standpunkt, wenn der Rücktausch der ursprünglichen Leistungen in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt wird.

Die Entscheidung zeigt weiter, wie notwendig eine einheitliche Behandlung aller Rückabwicklungsansprüche, also auch der rei vindicatio und der übrigen dinglichen Ansprüche ist. Denn, wie de Boor dargelegt hat, konnte hier der Kläger auch aus § 894 BGB vom Beklagten Zustimmung zur Löschung verlangen. Auch dieser Anspruch muß einbezogen werden können in die Abwicklung des fehlgeschlagenen Vertrages. Er läßt sich zwar nicht saldieren; die Bindung durch faktisches Synallagma vermag aber auch ihn zu ergreifen. Damit ist die Einheitlichkeit der Abwicklung gewahrt.

Die Bindung durch faktisches Synallagma käme also sowohl für den Bereicherungsanspruch wie für den Anspruch aus § 894 BGB zur gegenseitigen Verknüpfung der Ansprüche. Allerdings muß dabei berücksichtigt werden, daß der Wert der beiderseitigen Leistungen nicht wie bei Kaufsache und Kaufpreis sich annähernd entspricht, sondern daß auf den beabsichtigten Vertrag von beiden Seiten nur Teilleistungen erbracht wurden. Es ist daher erforderlich, den Wert der Vormerkung zu ermitteln, da der Kläger nur bis zu ihrem Wert aus seinem Vermögen das Opfer der Rückzahlung des an L. geleisteten Betrages bringen muß. Denn die Bindung durch faktisches Synallagma berücksichtigt den Wegfall der Bereicherung; nur wenn der Empfänger der weggefallenen Bereicherung seine Leistung zurückfordert,

darf er sich nicht zugleich auf den Wegfall berufen. Der Unterschied würde deutlich, wenn der im Prozeß Beklagte vom Kläger Rückgabe der Anzahlung verlangte; dann könnte sich der Kläger auf den Wegfall der Bereicherung berufen. Wenn er aber die von ihm erbrachte Leistung (Einräumung der Vormerkung) zurückverlangt, ist ihm dies in Höhe des Wertes der Vormerkung versagt.

Die Zweikondiktionentheorie hätte zum isolierten Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Bewilligung der Löschung geführt; der Beklagte hätte von seiner Anzahlung nichts zurückbekommen, da der Kläger nicht mehr bereichert ist. Das wäre ein denkbar unbilliges Ergebnis.

Die nächste Entscheidung behandelt einen Darlehensfall.

RG IV v.27.4.36 RGZ 151, 123

Die klägerische Firma nahm verschiedene Darlehen auf. Die Geber, Beklagte, spiegelten vor, das Geld stamme von einem Ausländer, in dessen Namen sie auch handelten. Die Beklagten wollten damit lediglich die sehr hohen Zinsen begründen, die sie sich scheuten, für sich selbst zu verlangen. Rückzahlung des Darlehens und Zinszahlungen waren erfolgt. Als nun die Klägerin den wahren Sachverhalt erfuhr, erhob sie Klage auf Erstattung der Differenz zwischen dem normalen Bankzins und dem von ihr bezahlten Zins.

RG: Der Anspruch der Klägerin sei begründet. Die Darlehensverträge seien nichtig, da sie mit dem Ausländer nicht zustande gekommen seien; die Beklagten hätten keine Vertretungsmacht gehabt und auch nachträglich seien die Verträge nicht genehmigt worden. Mit den Beklagten sei aber ein Vertrag mangels Einigung nicht zustande gekommen. Die Abwicklung habe nach Bereicherungsrecht stattzufinden, wobei alle Ansprüche zu saldieren seien. Die kostenlose Überlassung einer Geldsumme als Darlehen entspreche nicht mehr den Anschauungen, vielmehr sei der hierfür übliche Zinssatz als Bereicherung geschuldet. Alles Darüberhinausgehende könne aber herausverlangt werden.

Obwohl das Reichsgericht in dieser Entscheidung nicht von Dissens spricht, erfolgt die Einordnung an dieser Stelle. Denn die Parteien kamen bei Austausch der Leistungen faktisch in Kontakt, sämtliche Vermögensverschiebungen fanden zwischen ihnen statt, ohne daß Dritte beteiligt waren und sie hatten auch allein wirtschaftliches Interesse am Geschäft. Dadurch hatte die gegenseitige Bindung einen solchen Grad

erreicht, daß man die Beklagten als Partner des wegen Dissens nichtigen Vertrags hier behandeln kann; die Klägerin hätte die Möglichkeit gehabt, die Beklagten am Vertrag festzuhalten, § 179 BGB. Sie nahm davon nur aus wirtschaftlichen Gründen Abstand, da der Darlehensvertrag für sie sehr ungünstig war. Die Parteien traten sich aber wie Vertragspartner gegenüber. Der Austausch der Leistungen dient als bestätigender Anhaltspunkt für das Zustandekommen des faktischen Synallagma; dies zeigt zugleich, wie notwendig dieser tatsächliche äußere Anhaltspunkt als Tatbestandsmerkmal des faktischen Synallagmas ist.

Die Entscheidung ist im Ergebnis aber "neutral" gegenüber der Zweikondiktionentheorie. Denn auch die Aufrechnung selbständiger Bereicherungsansprüche führte zum selben Ergebnis. Die Entscheidung bringt jedoch einen Fortschritt auf dem Weg zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Darlehens²⁵⁷⁾.

Die beiden Entscheidungen zu dieser Gruppe bekennen sich zur Saldotheorie. Dabei geht die erste über die übliche Begründung der Saldotheorie hinaus und stellt die Rückabwicklung des Vertrages als Hauptzweck in den Vordergrund. Dieselbe Entscheidung bringt weiter einen Beitrag zur Behandlung der Stellvertretung bei der Bereicherung und zum Problem der Einbeziehung auch der dinglichen Ansprüche in die Abwicklung des fehlgeschlagenen Vertrages. Die zweite Entscheidung ist im Ergebnis neutral gegenüber der Zweikondiktionentheorie. Sie bietet aber für die hier vertretene Ansicht das Problem, wann ein faktisches Synallagma bejaht werden kann, ohne daß es zu einer, wenn auch nichtigen, Willenseinigung in einem Vertrag kommt. Dabei wird die Bedeutung des tatsächlichen Leistungsaustausches zwischen den Partnern als Anknüpfungspunkt deutlich gegenüber einer Ansicht, die nur auf die Willenseinigung allein abstellt.

257) Vgl. die bekannte Entscheidung des RG zum Wucher RGGSZ 161,55; die wiedergegebenen Entscheidungen RGZ 99, 161 oben S.113 und RGZ 105, 129 oben S.114 erkannten eine solche Entschädigung für die Nutzung der Darlehenssumme nicht zu; u.U. waren dafür aber andere Erwägungen maßgebend (Strafzweck).

Die beiden Entscheidungen lassen Interessenlagen, die eine Verknüpfung der gegenseitigen Bereicherungsansprüche verbieten würden, nicht erkennen. Einer Bindung durch faktisches Synallagma dürfte bei diesen Fällen der Nichtigkeit wegen Dissenses, soweit es bis jetzt beurteilt werden kann, nichts entgegenstehen.

7. Die nächste Gruppe behandelt die Fälle der Nichtigkeit infolge

Anfechtung wegen Irrtums.

Leider finden sich hier nur zwei Fälle.

RG IV v.25.10.01 RGZ 49, 421

Ein Käufer von Ulmer Dombautalern focht das Geschäft wegen Irrtums an, da nur Medaillen, nicht aber echte Taler geliefert worden seien.

Der Hauptstreit entwickelte sich um die Zuständigkeit.

RG: Die aus einem angefochtenen Geschäft herrührenden Bereicherungsansprüche seien unabhängig voneinander; daher sei das Wohnsitzgericht des Beklagten für den Bereicherungsanspruch zuständig.

Ungeachtet dessen, daß die Selbständigkeit der beiden Bereicherungsansprüche nur unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeit geprüft wird, ist die Stellungnahme des Reichsgerichts eindeutig. Es ist aber zu berücksichtigen, daß die Entscheidung sehr früh liegt; daraus ergibt sich die Anlehnung an die dem Gesetz entsprechende Zweikondiktionentheorie. Eine Auseinandersetzung mit der Saldotheorie war damals noch nicht möglich, da die grundlegende Entscheidung in RGZ 54, 137 über zwei Jahre später liegt²⁵⁸⁾.

Das Verhältnis der Anfechtung wegen Irrtums zu § 459 BGB ist nicht ohne Zweifel; der Sachverhalt ist aber zu einer Beurteilung dieser Frage zu wenig ausführlich.

Die folgende Entscheidung bekennt sich zwar zur Saldotheorie.

RG V v.12.1.18 Warn.Rspr.1918, 24 S.39

Die Klägerin hatte an dem Grundstück eines Dritten eine ~~Sieherung~~ Hypothek in Höhe von 80.000.- M, der am 18.5.16 noch eine Forderung von 36.000.- M zugrunde lag. Zu diesem Zeitpunkt zahlte der Beklagte 32.082.- M auf die Schuld und

258) Urteil v.14.3.03 s.u.S.137.

erhielt die Sicherungshypothek abgetreten. Die Umschreibung im Grundbuch erfolgte.

Nun focht die Klägerin die Abtretung der Hypothek wegen Irrtums an. Ihr Prokurist habe sich bei der Abtretung darüber geirrt, daß der ungetilgte Schuldbetrag noch höher als 32.350.- M gewesen sei. Die Klägerin begehrt Rückabtretung einer Teilsicherungshypothek in Höhe von 8.000.- M. Der Beklagte bestreitet und macht hilfsweise geltend, es seien ihm dann 8.000.- M zu erstatten. Überdies habe er die Hypothek seiner Bank als Sicherung für die bezahlte Summe abgetreten.

RG: Die Voraussetzungen einer Irrtumsanfechtung liegen hier nicht vor.

Wenn aber § 119 BGB begründet gewesen wäre, dann wäre der Rückforderungsanspruch nur unter Berücksichtigung der Gegenleistung geltend zu machen gewesen; das Reichsgericht bezieht sich dabei auf mehrere Entscheidungen zur Saldotheorie. Diesen Anforderungen entspreche die Klage nicht, weshalb der Rechtsstreit zurückzuverweisen sei.

Das Bekenntnis zur Saldotheorie trägt aber die Entscheidung nicht. Man sollte diese Entscheidung daher nicht als Belegstelle für die Saldotheorie zitieren²⁵⁹⁾. Trotzdem ist von Bedeutung, daß das Reichsgericht die Saldotheorie auch bei Anfechtung wegen Irrtums anwenden will.

Diese Äußerung ist die einzige, aus der die Stellungnahme des Reichsgerichts hervorgeht. Denn weitere Entscheidungen zur Nichtigkeit infolge Irrtumsanfechtung sind nicht ersichtlich. Zwar ist der ersten frühen Entscheidung, die sich zur Zweikondiktionentheorie bekennt, keine größere Bedeutung beizumessen. Sie wurde durch die nachfolgende ständige Praxis des Reichsgerichts überholt. Es fehlt aber an Anschauungsmaterial für das Verhältnis zwischen dem Ersatz des negativen Interesses nach § 122 BGB und den Auswirkungen der Saldotheorie. Von der Rechtsprechung her muß dieses Problem daher offen bleiben. Es läßt sich von hier aus daher auch nicht Stellung zu Flumes Vorschlägen nehmen²⁶⁰⁾, der einige Irrtumsfälle wie die Fälle der arglistigen Täuschung behandeln will. Diese sind in der nächsten Gruppe zusammengefaßt.

259) So z.B. Weintraud a.a.O. S.31/32; RGRKomm. Vorbem. 5 d vor § 812 BGB, S. 643.

260) a.a.O. S. 173 und hierzu oben S.80.



8. Fälle, in denen

Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

zur Nichtigkeit des Vertrages führte. Da sich eine Anzahl von Entscheidungen mit jeweils ähnlichem Sachverhalt und gleichem Ergebnis abhebt, soll auf diese zuerst eingegangen werden.

- a) Es handelt sich dabei um arglistige Täuschung bei Grundstücks-
käufen; nach der Anfechtung kann das Grundstück vom Ge-
täuschten nicht herausgegeben werden, weil es sich in Zwangs-
versteigerung oder Zwangsverwaltung befindet. Die erste Ent-
scheidung ist schon sehr früh ergangen.

RG V v.15.10.04 RGZ 59, 92

Die Beklagten wurden beim Tausch von Grundstücken arglistig durch den Kläger getäuscht. Sie sind deshalb vom Vertrag "zurückgetreten" und erhoben gegen die Ansprüche des Klägers Widerklage auf Rückübertragung des von ihnen geleisteten Grundstücks. Das ihnen vom Kläger übereignete Grundstück war inzwischen zwangsversteigert worden.

RG: Dem Beklagten stehe hier "ein Recht zum Rücktritt bei Betrug" zu, das durch die Zwangsversteigerung nicht ausgeschlossen werde. Im Unterschied zur Wandlung und zum Rücktritt bestehe hier aber keine Pflicht zur Rückgewähr der empfangenen Sache als Voraussetzung des eigenen Anspruchs. Der Betrüger müsse vielmehr seine Ansprüche getrennt geltend machen. Es brauche nicht gleich über beide Ansprüche entschieden zu werden. Da hier vom Kläger gegen die Widerklage nur eingewendet sei, das von ihm geleistete Grundstück befinde sich in Zwangsversteigerung und könne daher nicht zurückgegeben werden, der Kläger aber die Rückgewähr nicht geltend gemacht habe, sei über die Rückgabepflicht des Klägers allein zu entscheiden gewesen.

Der Kläger mußte dem Beklagten das von ihm empfangene Grundstück herausgeben. Seine Berufung darauf, daß der Beklagte das seinerseits Empfangene nicht herausgeben könne, schlug nicht durch. Die Ansprüche wurden also isoliert voneinander betrachtet. Eine Risikoüberwälzung fand nicht statt. Das Reichsgericht ging zwar in der Entscheidung nicht von Bereicherungsansprüchen aus, die durch die Anfechtung des Vertrages entstanden waren. Es legte vielmehr eine Art "Rücktrittsrecht wegen Betrugs" der Entscheidung zu Grunde. Die Rückgewähr des Empfangenen sei dabei für den Anfechtenden nicht

Voraussetzung seines Herausgabeanspruchs. Die Entscheidung ließe sich daher auch mit einem deliktischen Anspruch, etwa nach § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB, erklären. Die folgende Entwicklung zeigt aber, daß das Reichsgericht hier nicht eine Einzelentscheidung erlassen hat, sondern daß es eine besondere Interessenlage berücksichtigte, die sich mit der theoretischen Grundlage der Saldotheorie nicht vereinbaren ließ. Es ist daher erklärlich, daß die Begründungen für die folgenden Entscheidungen schwanken; das Augenmerk ist aber auf die Ergebnisse zu richten.

Die folgenden vier Entscheidungen haben einen ganz ähnlichen Sachverhalt wie die erste dieser Gruppe, bei der nur die Parteirollen im Prozeß vertauscht waren:

Der Kläger kauft oder tauscht ein Grundstück und wird dabei vom Beklagten arglistig getäuscht. Er ficht darauf den Kauf- oder Tauschvertrag an und verlangt Rückgabe des von ihm Geleisteten. Die Rückgewähr seines Empfangs ist nicht mehr möglich, da das von ihm empfangene Grundstück inzwischen in Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung geraten ist.

RG V v.3.7.07 Recht 07, 2503 (S.1059)

Bei einem Grundstückstausch wurde der Kläger arglistig getäuscht. Die Zwangsversteigerung des vom Kläger empfangenen Grundstücks hat einen Überschuß nicht ergeben.

RG: Eine synallagmatische Bindung der Abwicklungsansprüche aus Bereicherungsrecht bestehe nicht. Ansich wäre zwar für den Umfang des Bereicherungsanspruchs auch die Gegenleistung zu berücksichtigen. Aber der Bereicherungsanspruch des Beklagten sei hier weggefallen, da aus dem Grundstück ein Erlös nicht erzielt worden sei.

Die Entscheidung möchte nicht offen von der Lehrmeinung abweichen, daß für den Umfang des Bereicherungsanspruchs auch die Gegenleistung zu berücksichtigen sei. Dem Ergebnis nach weicht sie aber von der Saldotheorie ab. Denn die Gegenleistung darf nicht im Zeitpunkt des Urteils bemessen werden und was zu diesem Zeitpunkt von ihr noch vorhanden ist; sondern sie muß in dem Zeitpunkt bemessen werden, in dem sie das Vermögen des Beklagten verließ. Damals war das Grundstück noch etwas wert und hätte daher als Minderungsposten

bei der Bereicherung des Beklagten durch den Kaufpreis angesetzt werden müssen. Die Berücksichtigung des weiteren Schicksals der Sache ist mit der Saldotheorie nicht zu vereinbaren. Sie entspricht einer isolierten Betrachtung der Ansprüche, also der Zweikondiktionentheorie. Durch den Austausch geht kein Risiko auf den Empfänger über, sondern es bleibt beim Leistenden. Weintraud²⁶¹⁾ will diese Entscheidung nicht der Zweikondiktionentheorie zurechnen, da das Reichsgericht wie im ersten Fall von einem eigentümlichen Rücktrittsrecht beim Betrüge ausgegangen sei. Das ist aber nicht gerechtfertigt, da das Reichsgericht die Bereicherungsansprüche seiner Entscheidung zu Grunde legt. Vor allem aber spricht das Ergebnis der Entscheidung für sich. Das zeigt die folgende Entscheidung deutlich, die sich auf die Revisionsangriffe hin mit der grundlegenden Entscheidung zur Saldotheorie RGZ 54, 137 unten S.137 und mit der oben S.131 wiedergegebenen Entscheidung RGZ 59, 92 auseinanderzusetzen mußte.

RG V v.29.6.10 JW 10, 799 (3) *

Warn.Rspr.1910, Nr.315 S.327

Der Sachverhalt entspricht dem oben für diese Fälle mitgeteilt.

RG: Es finde kein Rücktritts- sondern Bereicherungsrecht Anwendung. Daher komme eine Zug um Zug-Leistung nicht in Betracht. Die Berufung der Revision auf die Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 54, 137 sei zurückzuweisen, es sei vielmehr an der Entscheidung RGZ 59, 92 festzuhalten. Es sei Sache des Gegners, seine Ansprüche geltend zu machen. Der Richter brauche sie nicht von Amts wegen zu berücksichtigen und auch kein Fragerecht dahingehend auszuüben.

Die Entscheidung führt einen Schritt weiter auf dem Weg zur klaren Absonderung der Fälle der arglistigen Täuschung von der Saldotheorie. Die Auseinandersetzung mit den Angriffen der Revision klärt einmal, daß an dem eigenartigen Rücktrittsrecht wegen Betrugs nicht festgehalten wird, wohl aber an dem Ergebnis dieser Entscheidung. Zum andern wird die Saldotheorie im Ergebnis abgelehnt; die beiderseitigen Ansprüche seien

261) a.a.O. S.36

getrennt geltend zu machen. Dies bedeutet zugleich, ohne daß es ausgesprochen wird, daß eine Überwälzung des Risikos auf den Empfänger der Leistung bei dieser Interessenlage nicht zugelassen wird. Eine Erklärung für die im Ergebnis zu billige Entscheidung läßt sich vom Boden der Saldotheorie aus nicht finden.

Die folgende Entscheidung bekennt sich offen zur Zweikondiktionentheorie.

RG II v.4.10.10 Warn.Rspr.1910 Nr.406 S.421

Der Sachverhalt entspricht wieder dem oben für diese Fälle mitgeteilten, es handelt sich um einen Grundstückskauf.

RG: Eine Zug um Zug-Abwicklung der beiden Bereicherungsansprüche sei ebenso wie ein Synallagma abzulehnen. Auf RGZ 49, 421 wird Bezug genommen. Darüber hinaus wird die oben wiedergegebene Entscheidung RG Recht 07, 2503 zustimmend **angezogen**.

Die sehr kurz mitgeteilte Entscheidung stellt sich wie die Vorentscheidung RG Recht 07, 2503 auf den Boden der Zweikondiktionentheorie; die Bereicherungsansprüche werden isoliert betrachtet. Damit hat sich für diese Fälle schon eine feste Praxis gebildet. Die nächste Entscheidung kann sich daher auf eine Reihe Praejudizien stützen. Sie klärt eine weitere wesentliche Frage.

RG V v.12.2.19 JW 19, 377(4)²⁶²⁾

Der Sachverhalt entspricht dem oben für diese Fälle als gemeinsam mitgeteilten; es handelt sich um einen Grundstückstausch.

RG: Die Verpflichtung des Klägers zur Rückgewähr des Erhaltenen sei nicht von Amts wegen zu berücksichtigen; dieser Anspruch müsse vom Gegner vielmehr besonders geltend gemacht werden. Ein Verschulden bei Nichtzahlung der Hypothekenzinsen sei unerheblich. Die Entscheidung RGZ 59, 92 wird bestätigt.

Auch hier liegt in der Verweisung des Beklagten auf die getrennte Geltendmachung seines Bereicherungsanspruches mehr als nur die Entscheidung der prozessualen Frage über die Zulässigkeit eines Verteidigungsmittels. Das Reichsgericht wollte nicht ausdrücklich die mittlerweile durch zahlreiche Ent-

262) m.Anm.Oertmann, der der Entscheidung zustimmt, da sie der von ihm vertretenen Zweikondiktionentheorie folgt.

scheidungen bestätigte Saldotheorie ablehnen. Es hat daher auf diesem Weg die Saldotheorie und ihre Wirkungen ausgeschaltet. Denn die von der Saldotheorie bewirkte Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Abwicklung hätte die Überwälzung des Risikos für das Geleistete auf den Empfänger zur Folge gehabt. Kann er das Empfangene nicht herausgeben, dann bekommt er auch seine Leistung nicht zurück. Hier kann aber der Anfechtende das empfangene Grundstück nicht herausgeben, da es sich in Zwangsversteigerung befindet. Trotzdem gibt ihm das Reichsgericht einen Anspruch auf die von ihm erbrachte Leistung. Es findet also keine Verknüpfung statt, der Empfänger braucht das Risiko der Zwangsversteigerung nicht zu tragen. Denn er bekommt seinen Kaufpreis zurück. Der betrügende Verkäufer oder Partner des Tausches aber bekommt von ihm nichts bzw. nur den Rest des Versteigerungserlöses heraus. Er muß das Risiko der Zwangsversteigerung tragen, wie bei einem einseitigen Bereicherungsanspruch. Das Ergebnis entspricht also der Zweikondiktionentheorie. Nun geht die Entscheidung noch weiter und erklärt es für unerheblich, ob der Kläger die Zwangsversteigerung durch Nichtzahlung der Hypothekenzinsen herbeigeführt und unter Umständen sogar verschuldet habe. Dies entspricht dem weiten Haftungsmaßstab des § 818 III BGB, wonach es auf Verschulden nicht ankommt.

Betrachtet man die Gruppe dieser "Zwangsversteigerungsfälle" so ergibt sich, daß die Rechtsprechung eine wiederkehrende Interessenlage berücksichtigte, die sich mit der Saldotheorie nicht befriedigend entscheiden ließ. Die scharfe Abgrenzung und die Gleichartigkeit der Fälle zeigt, daß es sich nicht um ein Schwanken der Rechtsprechung zwischen Saldotheorie und Zweikondiktionentheorie handelte. Die Saldotheorie kann aber nach dem Grund der Nichtigkeit nicht differenzieren; daher konnte sie diese Fälle nicht bewältigen.

Von der hier vertretenen Ansicht aus erklären sich diese Fälle aus der Eigenart des Nichtigkeitsgrundes des Vertrages. Durch das Recht zur Anfechtung wegen arglistischer Täuschung wird vom Gesetzgeber die Willensfreiheit, insbesondere die

Vertragsfreiheit geschützt. Der Getäuschte soll an diese Erklärung nicht gebunden sein. Er hat Anspruch darauf, vom Geschäft loszukommen. Nach der Saldotheorie kann ihm das durch die Anfechtung allein nicht gelingen; denn die Risikoüberwälzung durch die besondere Art der Abrechnung bleibt aufrecht erhalten. Das wird dem Schutzzweck des § 123 BGB nicht gerecht. Deshalb hat das Reichsgericht die Saldotheorie hier nicht angewendet, ohne dies anders begründen zu können als mit der Billigkeit. Geht man aber von der Bindung durch faktisches Synallagma aus, dann fällt durch die Anfechtung nicht nur der schuldrechtliche Vertrag sondern auch jede faktische Bindung weg. Denn der Getäuschte soll in keiner Weise am Vertrag festgehalten werden, auch nicht für die Abwicklung. Sein Gewähren und seine Inanspruchnahme von Vertrauen geschehen unter der Voraussetzung der Redlichkeit. Fehlt diese, so tritt auch keine Bindung für die Abwicklung ein.

Bietet dies bereits eine befriedigende Erklärung, so ließe sich noch auf einen weiteren Gesichtspunkt hinweisen. Es wurde oben dargelegt, daß auch der Rechtsgedanke des § 324 BGB als Ausfluß des allgemeinen Verwirkungsgedankens für die Bindung durch faktisches Synallagma praktisch werden kann. Das Reichsgericht hat einen Fall entschieden²⁶³⁾, in dem es von der Saldotheorie im Ergebnis abwich (ohne das zuzugeben), weil der Verkäufer den Mangel der gelieferten Sache zu vertreten hatte und infolgedessen dem Käufer die volle Rückgabe nicht mehr möglich war. Ebenso könnte man vielleicht daran denken, daß bei den Zwangsversteigerungsfällen durch die starke Belastung mit Hypotheken (evtl. noch mit Zinsrückständen) die Zwangsversteigerung vom Verkäufer des Grundstücks zu vertreten wäre. Wenn der Verkäufer etwa über Rückstände an Hypothekenzinsen u.ä. getäuscht hat, liegt dieser Gedanke nicht so fern. Er mag daher bei den angeführten Entscheidungen in der Berufung auf die Billigkeit mit Ausdruck gefunden haben. Die mitgeteilten Sachverhalte sind jedoch nicht deutlich genug, um das erkennen zu lassen. Die letzte der Entscheidungen zeigt aber, daß das Reichsgericht darüber

263) RGZ 94, 253 oben S.120.

hinaus gehen wollte. Dem täuschenden Verkäufer sollte nicht nur für die von ihm zu vertretende Unmöglichkeit der Rückgabe des von ihm geleisteten Grundstücks das Risiko auferlegt werden, sondern der Empfänger sollte schlechthin in den Genuß des vollen Wegfalls der Bereicherung im Rahmen des § 818 III BGB kommen. Denn auf das Verschulden bei Zahlung oder Nichtzahlung der Hypothekenzinsen soll es nicht ankommen. Die Trennung der beiden Ansprüche, verbunden mit der milden Haftung für die Bereicherung, wird dem Schutzzweck des § 123 BGB allein gerecht. Hier muß der betrügende Verkäufer auch den Schaden eines zufälligen Unterganges der von ihm geleisteten Sache tragen. Die Grenze für die Befreiung des Getäuschten ergibt sich aus §§ 818 IV, 819 BGB.

- b) Neben den Zwangsversteigerungsfällen hat das Reichsgericht aber auch noch andere Fälle der arglistigen Täuschung entschieden. Hier ist die gemeinsame Linie nicht so deutlich.

RG V v.14.3.03 RGZ 54, 137 = JW 03, Beil.58

Der Beklagte verkaufte an den Kläger ein Gut. Der Vertrag wurde von beiden Seiten erfüllt. Nach einem halben Jahr focht der Kläger den schuldrechtlichen Vertrag wegen Irrtums und Betrugs (gemeint ist arglistige Täuschung) an und begehrte Rückzahlung des Kaufpreises unter Rückgabe des Erhaltenen. Der Vorderrichter hatte über den Anspruch auf den Kaufpreis ein Vorbehaltsurteil erlassen und die Beurteilung der Gegenansprüche des Beklagten auf die entgangenen Nutzungen des Guts vorbehalten.

RG: Zunächst biete § 823 BGB eine Grundlage für den Anspruch des Klägers. Dabei seien nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung und auf Grund des § 249 BGB alle Umstände, die das Vermögen vermehrten oder verringerten zu berücksichtigen. Für den Bereicherungsanspruch auf Grund der Anfechtung des Vertrages ergebe sich die gleiche Notwendigkeit aus § 818 III BGB. Ob die Anfechtung nach § 119 BGB oder nach § 123 BGB erfolgte, wird nicht genau geklärt. Die Gegenleistung sei als Minderungsposten der Bereicherung des Beklagten anzusehen; für Aufrechnung oder Zurückbehaltungsrecht sei daneben kein Raum. Infolgedessen könne auch ein Vorbehaltsurteil, das diese Gegenansprüche ausnehme, nicht ergehen. Der Rechtsstreit wurde wegen dieses Verfahrensmangels zurückverwiesen.

Diese Entscheidung wird im folgenden als die Grundlage der Saldotheorie viel zitiert²⁶⁴⁾. Nach Inkrafttreten des BGB

264) Weintraud S.34; ReichsgerichtsräteKomm. Anm.7, 1 zu § 818 BGB, S.684.

ist sie die erste, die zum Problem Stellung nimmt. Sie hat den Grund gelegt für eine Weiterbildung des Bereicherungsrechts, deren Kern auch heute noch gültig ist. Mehr als einen Anfang darf man von der Entscheidung allerdings nicht erwarten. Sie geht von der Frage nach der Zulässigkeit eines Vorbehaltsurteils aus und begründet dabei die Gesamtberücksichtigung aller Umstände und damit die Anrechnung der Gegenleistung auf die Bereicherung mit einer Analogie zum Schadensersatzrecht und dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung. Darüber sind die späteren Entscheidungen bald hinausgegangen. Da nur eine prozessuale Frage zu entscheiden war, wurde der Rechtsstreit zurückverwiesen. Es läßt sich daher nicht erkennen, ob in dieser Entscheidung bereits die risikoüberwältigende Wirkung der Saldotheorie praktisch wurde. Auch ist nicht klar zu erkennen, ob die Nichtigkeit des Vertrages aus einer Anfechtung wegen Irrtums oder aus einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung folgte. Für die hier zu prüfende Frage, ob bei Anfechtung wegen arglistiger Täuschung stets Saldotheorie Anwendung fand oder nicht, kann sie daher nicht weiter herangezogen werden.

Auch die nächste Entscheidung behandelt vorwiegend eine prozessuale Frage, nämlich die Zulässigkeit einer Widerklage und geht daher auf das Problem der Saldotheorie nur am Rande ein.

RG V v.5.6.15 Warn.Rspr.1915 Nr.304 S.474

Der Kläger räumte dem Beklagten ein Darlehen ein; als Valuta übergab er Geld und Anteilscheine. Zur Sicherung des Darlehens bestellte der Beklagte dem Kläger eine Hypothek. Auf diese erbrachte der Beklagte mehrere Leistungen, offenbar Zinsen. Der Kläger machte die Hypothek mit der Klage geltend. Der Beklagte focht aber Darlehensvertrag und Hypothekenbestellung an, da er über den Wert der Anteilscheine arglistig getäuscht worden sei; er erhob Widerklage gegen die Klage des Darlehensgebers und verlangte Rückzahlung der auf die Hypothek erbrachten Leistungen hilfsweise Nachzahlung eines Teils der Darlehensvaluta.

RG: Da der gesamte Vertrag auf Grund der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig sei, sei das Geschäft nach Bereicherungsrecht abzuwickeln. Dabei seien an sich die Bereicherungsansprüche beider Seiten zu berücksichtigen bzw. nur der Saldo daraus sei als Bereicherung geschuldet (RGZ 54, 137).

Da aber hier eine arglistige Täuschung vorliege, müsse es dem Betrüger überlassen bleiben, seine Leistung geltend zu machen (RGZ 49, 423; RGZ 59, 92). Daraus folge, daß bei arglistiger Täuschung der Bereicherungsanspruch nicht in sich beschränkt sei. Infolgedessen könne er mit einem Gegenanspruch aus diesem Geschäft aufrechnen oder auch eine Widerklage erheben.

Aus der Entscheidung geht hervor, daß das Reichsgericht im Falle der arglistigen Täuschung die Bereicherungsansprüche isoliert betrachtet, also der Zweikondiktionentheorie folgt. Die Saldotheorie ist abgelehnt durch die Verweigerung der "Abrechnung", der Beschränkung des Bereicherungsanspruchs in sich. Denn dadurch kann eine Risikoüberwälzung auf den Empfänger nicht eintreten. Daß anschließend die Aufrechnung zugelassen wird, widerspricht dem nicht. Aufgerechnet werden die beiderseitigen Ansprüche nach der Zweikondiktionentheorie, die nur jeweils das umfassen, was von der Bereicherung noch vorhanden ist. Nach der hier vertretenen Ansicht käme man zum selben Ergebnis. Eine Bindung durch faktisches Synallagma trat nicht ein bzw. fiel durch die Anfechtung wieder fort. Die Bereicherungsansprüche sind unabhängig voneinander. Ist die Bereicherung beim Getäuschten weggefallen, kann er seine Leistung beim Gegner trotzdem voll herausverlangen. Ist die Bereicherung beim Täuschenden weggefallen, so ist der Getäuschte allerdings auf einen Anspruch aus Delikt angewiesen.

Die folgende Entscheidung weicht hiervon ab.

RG II v.6.7.15 Recht 1916, 393

Der Sachverhalt zur Entscheidung ist nicht mit abgedruckt. Es wird ein Kaufvertrag erwähnt, der nach beidseitiger Erfüllung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB angefochten wurde.

RG: Es obliege dem Beklagten, etwaige Ausgleichsansprüche wegen seiner Gegenleistung geltend zu machen. Tue er es aber, so mache er weder Aufrechnung noch Zurückbehaltungsrecht geltend; sondern bestreite den Klageanspruch der Höhe nach. RGZ 54, 137 wird dabei zustimmend erwähnt.

Die Entscheidung beantwortet die Frage, ob bei Geltendmachung des Gegenanspruchs durch den Beklagten in den Fällen der arglistigen Täuschung saldiert werden kann oder nicht. Die Entscheidung bejaht die Saldierung.

Es ist aber nicht ersichtlich, ob damit nur die Aufrechnung bzw. das Zurückbehaltungsrecht für überflüssig erklärt werden sollen oder ob damit auch die Konsequenzen für die Risikoüberwälzung gezogen werden. Da der Sachverhalt nicht mitabgedruckt ist, lassen sich die Auswirkungen nicht überprüfen.

In der nächsten Entscheidung geht das Reichsgericht auf die Frage der Berücksichtigung näher ein.

RG V v.22.6.18 Warn.Rspr.1918 Nr.181 S.267

Der Beklagte täuschte die Kläger arglistig über die Qualität zweier Hypotheken und veranlaßte sie dadurch, die beiden Hypotheken zum vollen Wert an Zahlungsstatt anzunehmen. Zugleich gab der Beklagte den Klägern ein Darlehen. Als die Kläger mit den Hypotheken ausgefallen waren, fochten sie den Kaufvertrag und damit zugleich den Darlehensvertrag wegen arglistiger Täuschung an.

RG: Beide Verträge, die als eine Einheit anzusehen seien, seien auf Grund der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig. Beiden Teilen stünden Bereicherungsansprüche zu. Wenn auch eine völlige Ausgleichung stattzufinden habe (Berufung auf RGZ 54, 137), so setze dies doch voraus, daß beide Teile ihre danach begründeten Ansprüche geltend machten (RGZ 59, 94). Dies gelte vor allem, wenn die Ansprüche nicht gleichartig seien; denn sonst könne es sich ereignen, daß sich nicht nur der Anspruch der einen Partei durch Berücksichtigung eines gleichartigen Gegenanspruchs ermässige, sondern auch, daß der anderen Partei vor allem bei ungleichartigen Leistungen, etwas zugesprochen werde, obwohl sie es nicht beantragt habe. Hier habe der Beklagte aber die Rückzahlung der 8.000.- M geltend gemacht. Hätte er das nicht, so wäre nicht darüber zu entscheiden gewesen. Es sei ferner nichts dargetan, daß die Kläger zur Herausgabe des empfangenen Darlehens nicht im Stande seien. Sie hätten nie behauptet, nicht mehr bereichert zu sein, was allein die Verpflichtung zur Herausgabe nach § 818 III BGB ausgeschlossen hätte.

Die Entscheidung läßt die Saldierung auch bei Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zu, wenn der Beklagte seinen Gegenanspruch geltend gemacht hat. Über die Folgen dieser Auffassung für die Gefahrtragung scheint sich das Reichsgericht aber nicht klar gewesen zu sein. Denn im Schlußsatz wird angedeutet, daß ein Wegfall der Bereicherung nach § 818 III BGB die Kläger von der Rückgabe des Empfangenen befreit haben würde. Dabei wird vorausgesetzt, daß es sich um einen einheitlichen Vertrag handelte. Sie hätten dann

offenbar vom Beklagten ihre Leistung (die Forderung, für die die Hypotheken an Zahlungsstatt angenommen wurden) zurückverlangen können, ohne selbst etwas herauszugeben. Damit wäre im Ergebnis die Zweikondiktionentheorie angewendet worden, nur daß die Aufrechnung durch die "Abrechnung" in der Saldierung ersetzt wäre. Jedenfalls mußten die Kläger als Empfänger der beiden Hypotheken die Gefahr für den Ausfall bei der Zwangsversteigerung nicht tragen. Die Risikoüberwälzung der Saldotheorie wurde nicht praktisch. Daher ist die Entscheidung dem Ergebnis nach der Zweikondiktionentheorie zuzurechnen.

Gleiches gilt auch für die folgende Entscheidung.

RG I v.29.1.19 RGZ 94, 309

Zwei Banken mit engen geschäftlichen Beziehungen hatten folgenden Streit: Die Klägerin hatte gegen die beklagte A.G. eine unbestrittene Forderung von 10.000.- M. Gegen diesen Anspruch wollte die Beklagte aus folgendem Vorgang aufrechnen:

Die Klägerin besaß 1914 etwa für 150.000.- M Aktien der Beklagten. Die Beklagte wollte diese Aktien anderweit unterbringen, konnte sie aber nicht selbst erwerben. Deshalb kaufte der Direktor M. der Beklagten die Aktien in eigenem Namen gegen Zahlung von 50.000.- M bar und Abtretung einer Hypothek von 48.000.- M. Kurz darauf focht M. den Vertrag wegen arglistiger Täuschung an. Seine Forderungen aus dem Geschäft trat er an die beklagte Bank ab.

Die Rückforderung der 98.000.- M aus diesem Geschäft wollte die Beklagte nun gegen die Klageforderung aufrechnen. Die Klägerin wendet hiergegen ein, die 98.000.- M könnten erst nach Rückgabe der Aktien (und zwar der gesamten Lieferung über 150.000.- M) an sie geltend gemacht werden. Bis dahin stehe dieser Forderung eine Einrede entgegen.

RG: Die Ansprüche aus dem Aktienverkauf seien zwei selbständige Bereicherungsansprüche, da das Geschäft infolge der Anfechtung nichtig sei. Die beiden Ansprüche seien auch nicht wie Vertragsansprüche aus einem zweiseitigen Geschäft voneinander abhängig. Auf RGZ 49, 421 (oben S.129) wird zustimmend Bezug genommen. Deshalb finde zwar die Einrede des Zurückbehaltungsrechts statt, nicht aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Die Beklagte könne trotz des Zurückbehaltungsrechts der Klägerin aufrechnen, wenn sie gleichzeitig einen entsprechenden Teil der Kaufsache, hier der Aktien, zurückgebe oder dauernd zur Verfügung der Klägerin halte.

Die Erörterungen des Reichsgerichts gelten in erster Linie der Zulässigkeit der Aufrechnung. Das Verhältnis der beiden

Bereicherungsansprüche aus dem nichtigen Geschäft wird nur am Rande berührt. Dabei bekennt sich das Reichsgericht, ohne sich mit der Saldotheorie auseinanderzusetzen, zur Zweikondiktionentheorie; die Ansprüche seien selbständig und nur durch ein Zurückbehaltungsrecht miteinander verknüpft. Es scheinen aber beide Leistungen noch voll vorhanden gewesen zu sein, sodaß es zum Problem der Risikoverteilung nicht kommen konnte. Die Entscheidung ist daher "neutral" im Ergebnis, das heißt, Saldotheorie und Zweikondiktionentheorie hätten zum selben Ergebnis geführt.

Demgegenüber bekennt sich das Reichsgericht in der nächsten Entscheidung zur Saldotheorie.

RG I v.21.11.27 Seuff.A.82 Nr.47 S.81

Der Ehemann der Klägerin hatte mehrere mexikanische Shares gekauft und 5 Wechsel als Kaufpreis hergegeben. Einen dieser Wechsel über 65.000.- M kaufte die Klägerin, um ihren Ehemann zu befreien. Sie war zu dem Kauf veranlaßt worden durch die Vorspiegelung, die übrigen Verpflichtungen ihres Mannes seien annulliert worden. Die Klägerin erhielt den Wechsel ihres Ehemannes und ein Teil der Shares wurde an sie geliefert, wie sie es mit ihrem Ehemann zur Ausführung eines Verpfändungsvertrages vereinbart hatte. Die Klägerin focht den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an und machte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises geltend. Der Beklagte berief sich auf die Pflicht zur Rückgabe des Wechsels und der Shares.

RG: Das Geschäft sei zufolge der Anfechtung nichtig. Da es sich um Bereicherungsansprüche handle, sei die wirtschaftliche Lage des Beklagten umfassend zu berücksichtigen. Alle Vor- und Nachteile seien anzurechnen; deshalb sei hier die Leistung der mexikanischen Shares, die auf Grund des Wechsels erfolgt war sowie die Hingabe des Wechsels selbst zu berücksichtigen. Erst nach Abzug des Wertes der Shares und des Wechsels sei die Bereicherung festzustellen. Soweit gleichartige Leistungen einander gegenüber stünden, seien sie zu verrechnen, bei ungleichartigen Leistungen habe gegenseitige Rückgewähr zu erfolgen.

Der erste Senat des Reichsgerichts wandte hier auch für den Fall der arglistigen Täuschung die Saldotheorie an; eine Begründung für die Abweichung von den theoretischen Ausführungen desselben Senats an dem vorhergehenden Urteil (RGZ 94, 309) wird nicht gegeben. Die Lieferung der Shares an die Klägerin war keine Gegenleistung für die Einlösung des Schecks, sondern eine davon ganz zu trennende Erfüllungshandlung auf

den ursprünglichen Kaufvertrag. Zwischen der Klägerin und der Beklagten bestanden nur die Beziehungen aus dem Erwerb des Schecks. Der Beklagte hätte sich daher allenfalls auf die Rückgabe dieses Schecks berufen können. Das Reichsgericht hat aber darüber hinaus die Berufung auf die gelieferten Shares zugelassen mit der Begründung, daß auch insoweit ein wirtschaftlicher Zusammenhang gegeben sei. Die Entscheidung weicht daher in doppelter Beziehung von der hier vertretenen Ansicht ab. Einmal wird die Saldierung der gegenseitigen Bereicherungsansprüche trotz der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bejaht. Zum andern wird eine Leistung berücksichtigt, die nicht im Synallagma, sondern außerhalb der Beziehungen zwischen Klägerin und Beklagtem stand. Allerdings wird trotz des Bekenntnisses zur Saldotheorie deren Hauptwirkung nicht praktisch; es tritt keine erkennbare Risikoüberwälzung auf den Empfänger der Leistung ein, da beide Leistungen noch voll vorhanden sind. Das Ergebnis ist also "neutral" gegenüber der Zweikondiktionentheorie, da auch nach dieser die Ansprüche auf die noch vorhandene Bereicherung durch das Zurückbehaltungsrecht miteinander verbunden sind, wie die vorhergehende Entscheidung zeigt.

Die zusammenfassende Betrachtung der Entscheidungen zeigt kein so einheitliches Bild wie der erste Teil dieser Gruppe, die sogenannten Zwangsversteigerungsfälle. Wurde dort mit wechselnder Begründung dem Ergebnis nach stets Zweikondiktionentheorie angewendet, kann hier von einheitlichen Ergebnissen nicht gesprochen werden. Denn alle Entscheidungen sind "neutrale" Fälle, deren Ergebnis sowohl bei Anwendung der Saldotheorie wie bei Anwendung der Zweikondiktionentheorie erzielt worden wäre. Die erste und älteste Entscheidung war zwar der Ausgangspunkt der Saldotheorie; sie beweist aber für die hier zu entscheidende Frage, ob bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung die Saldotheorie Anwendung fand, nichts. Die nächste Entscheidung (Warn.Rspr.1915 Nr. 304) bekennt sich zur getrennten Behandlung der Bereicherungsansprüche, also zur Zweikondiktionentheorie. In den

folgenden Urteilen schwankt das Reichsgericht und beruft sich einmal auf die Saldotheorie einmal auf die getrennte Geltendmachung der Bereicherungsansprüche. Immer geht es aber nur um die Frage, ob der Beklagte die seinerseits erbrachte Leistung geltend machen müsse, und wenn er das tue, ob dann eine Saldierung statffinde oder nicht. Diese Fragen erscheinen nach der hier vertretenen Ansicht nicht als entscheidendes Kriterium, ob der einen oder andern Theorie gefolgt wurde. Ob Aufrechnung oder eine Verrechnung durch Saldierung statffindet, dürfte eine untergeordneten technische Frage sein. Als wesentliches Kriterium erscheint vielmehr, ob eine Risikoüberwälzung statffand, wie sie oben als die der Saldotheorie eigentümliche Wirkung dargestellt wurde²⁶⁵⁾. Diese Wirkung kann sich nur zeigen, wenn bei einem der Partner das Empfangene vermindert oder weggefallen ist. Dies war bei den Entscheidungen der zweiten Teilgruppe nie der Fall. Es fehlt daher den Entscheidungen dieser Teilgruppe gegenüber der ersten Teilgruppe die Überzeugungskraft für das Bekenntnis zur einen oder andern Theorie. Es ist dabei nicht außer Acht zu lassen, daß die Saldotheorie mit dem Anspruch auftritt, den Umfang aller Bereicherungsansprüche zu bestimmen. Es liegt daher nahe, daß das Reichsgericht in manchen dieser Fälle keine Veranlassung sah, von der allgemein herrschenden Saldotheorie abzuweichen. Es bestand hierzu keine dringende Notwendigkeit, wie in der ersten Teilgruppe der Zwangsversteigerungsfälle, wo der Untergang bzw. die Unmöglichkeit der Herausgabe des Empfangenen in jedem Fall zu einer klaren Stellungnahme zwang.

Die Saldotheorie kennt bei ihrem Ausgangspunkt vom Umfang der Bereicherung keine Differenzierung nach dem Grunde der Nichtigkeit des Vertrages. Demgegenüber geht die hier vertretene Ansicht von dem Zweck und der Funktion der Rückabwicklung des fehlgeschlagenen Vertrages aus. Sie baut auf dem Leistungsaustausch und dem dabei gewährten und in Anspruch genommenen Vertrauen auf. Durch die Anfechtung des Vertrages wird auch die Bindung durch faktisches Synallagma beseitigt. Der Ge-

265) oben S.13 f. und S.22.

täuschte wird frei, auch von einer Bindung durch die Abwicklung. Es darf kein Risiko auf ihn übergehen. Dies muß für alle Fälle der arglistigen Täuschung einheitlich gelten.

Betrachtet man beide Teilgruppen der Rechtsprechung, so widersprechen ihre Ergebnisse dem nicht. Denn in allen Fällen, in denen eine Risikoüberwälzung hätte stattfinden sollen, wurde sie abgelehnt; die Berufung in einigen "neutralen" Fällen auf die Saldotheorie kann dies nicht entkräften. Die Rechtsprechung hat damit die Interessenlage berücksichtigt, die von der Saldotheorie nicht bewältigt werden kann. Der Schutzzweck des § 123 BGB verlangt einheitlich Befreiung von allen Folgen des Geschäftes.

Der Getäuschte kann seine Leistung herausverlangen, auch wenn er das seinerseits Empfangene nicht mehr voll herausgeben kann. Gegen den Bereicherungsanspruch des Täuschenden kann er sich auf Zurückbehaltungsrecht oder Aufrechnung berufen. Ist beim Täuschenden die Leistung nicht mehr voll vorhanden, so stehen ihm entweder §§ 818 IV, 819 BGB oder § 823 II BGB i.V. m. § 263 StGB zur Seite.

9. Die folgende Gruppe behandelt die Fälle, in denen

Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit zur Nichtigkeit des Vertrages führten. Zunächst sollen behandelt werden

- a) die Fälle der Geschäftsunfähigkeit. Es handelt sich dabei durchweg um Geschäfte von Geisteskranken.

RG I v.8.11.93 RGZ 32, 319

Der Geisteskranke G. verkaufte und übergab dem beklagten Bankier Wertpapiere im Werte von 11.000.-M und erhielt dafür vorläufig 3.000.-M. G. verschwand mit dem Geld, es wurde als verloren angesehen. Der Beklagte bezahlte die restlichen 8.000.- M an den Vormund (bis auf eine kleine Differenz). Nun klagt der Vormund auf Zahlung der 3.000.- M.

RG: Anwendung finde das Preußische Allgemeine Landrecht. Der einheitliche Vorgang der Hingabe der Wertpapiere dürfe nicht zerrissen werden; deshalb könne die Bereicherung des Beklagten auch nur unter Berücksichtigung der Gegenleistung festgestellt werden. Der Beklagte sei daher nur um 11.000.- M bereichert abzügl. 3.000.- M, die er an G. geleistet habe. Der

restliche Anspruch sei aber inzwischen bereits befriedigt, sodaß die Klage nicht zum Erfolg führen könne. Die Klage wurde abgewiesen.

Die Entscheidung hat nur historisches Interesse und soll die Handhabung des Problems vor Inkrafttreten des BGB zeigen. Das Ergebnis entspricht dem der Saldotheorie, deren Begründung vorweg genommen scheint. Der Schutz der Geisteskranken wird dem Schutz des redlichen Verkehrs untergeordnet. Das zeigt auch die nächste Entscheidung.

RG I v.18.3.05 RGZ 60, 284

Der Geisteskranke Dr.St. trat 1902 mit der beklagten Bank in Geschäftsverbindung, die 6 Monate andauerte. In der ganzen Zeit entstanden auf seinem Konto an Gutschriften 46.575.65 M, an Lastschriften durch Barauszahlungen 60.581.95 M. Mit Zustimmung aller Beteiligten übernahm die Ehefrau des Dr.St. den Debetsaldo. Diesen glich sie aus durch Verkaufsauftrag bezüglich der im Depot befindlichen, zum Konto gehörigen Effekten.

Der Kläger, Erbe des inzwischen verstorbenen Dr.St., macht nun Bereicherung der Bank geltend. Insbesondere sei bei einem Geschäft in Leipziger Bankaktien, das auf Anweisung des Dr.St. vorgenommen worden war, ein Verlust von 16.253.- M entstanden. Da die Geschäfte nicht gültig gewesen seien, habe die Beklagte auch diesen Verlust zu ersetzen. Die Vorinstanzen gaben statt.

RG: Die Vertragsbeziehungen zwischen Dr.St und der Bank verfielen der Nichtigkeit. Die beklagte Bank habe grundlos die Forderungen und das Depot erworben. Die Veräußerung der Effekten sei aber erst nach Übernahme durch die Ehefrau des Dr.St. erfolgt; daher stehe allenfalls ihr ein Anspruch zu.

Für das übrige sei die gesamte Geschäftsverbindung als Einheit anzusehen, alle Einkünfte seien mit allen Ausgabenzu vergleichen. Man würde den Schutz von Geisteskranken auf Kosten desjenigen, der bona fide mit ihnen kontrahiert habe, überspannen, wolle man einen derartigen Hergang in seine Einzelakte zerlegen. Die Bereicherung der Bank bestehe also nur insoweit, als sie nicht durch Auslagen weggefallen sei. Bei Übernahme des Kontos durch Frau St. sei der Saldo negativ gewesen, somit sei auch eine Bereicherung nicht mehr vorhanden gewesen. Die Zahlungen der beklagten Bank seien auch jeweils Dr.St. zugute gekommen bzw. seine Aufträge seien ausgeführt worden. Nach Übernahme des Debetsaldo des Kontos seien Bereicherungsansprüche nur für Frau St. entstanden. Der Klagsanspruch sei daher abzuweisen.

Die Entscheidung weist einen langen und komplizierten Sachverhalt auf. Auf dem Wege der Saldierung scheint das Reichsgericht zu einem billigen Ergebnis zu kommen; die Rückabwick-

lung aller Einzelvorgänge hätte sicher größere Schwierigkeiten bereitet.

Die im Depot befindlichen Wertpapiere sind jedoch nicht erfaßt. Nach allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken dienten sie als Pfand und führten später auch zur Befriedigung der Bank; sie hätte daher auch bei der Bemessung der Bereicherung berücksichtigt werden müssen.

Die Entscheidung wendet die Saldotheorie an; der Wegfall einer Leistung ist zwar nicht klar ersichtlich, wird aber für ein Geschäft in Leipziger Bankaktien angedeutet. Das Risiko hierfür wird im Ergebnis dem Geschäftsunfähigen aufgebürdet. Das Reichsgericht wägt den Schutz des redlichen Verkehrs gegen den Schutz des Geschäftsunfähigen ab; nach seiner Ansicht verdient der redliche Verkehr mehr Schutz. Das entspricht auch früherer Praxis, wie die vorhergehende Entscheidung zeigt.

Daß diese Wertabwägung aber stattfindet, obwohl die Saldotheorie nach ihrem Ausgangspunkt der Bemessung der Bereicherung her nicht differenzieren kann, verdient besondere Beachtung. Es zeigt, daß auch bei Anwendung der Saldotheorie eine Abwägung der Interessen der Parteien stattgefunden hat.

Die nächste Entscheidung ist "neutral" nach Ergebnis und Begründung.

RG V v.26.2.10 JW 10, 283 (11)

A., geisteskrank, hatte ein Grundstück gekauft und anbezahlt. Das Grundstück war aufgelassen worden. Der Vormund des A. klagte auf Rückgabe der Anzahlung und stellte das Grundstück zur Verfügung. Später nahm der Zwangsverwalter das Grundstück in Besitz.

RG: Der schuldrechtliche Vertrag und das dingliche Geschäft seien nichtig. Der Vormund fordere zu Recht die Anzahlung zurück; der Beklagte dürfe aber, sei es wegen der Natur des Bereicherungsanspruches (RGZ 54, 137), sei es auf Grund des § 273 BGB (RGZ 49, 423) die Rückgabe der Anzahlung von der Rückgabe des Grundstückes abhängig machen. Der Vormund habe aber die Rückgabe mehrmals angeboten, sodaß er jetzt für die Unmöglichkeit der Herausgabe nicht zu haften brauche.

Dieser Fall scheint der Musterfall einer neutralen Entscheidung zu sein²⁶⁶⁾. Denn das Reichsgericht stützt sein Ergeb-

266) So Weintraud S.33, der sie daher als nicht weiter verwertbar bezeichnet.

nis sowohl auf die eine wie auf die andere Theorie. Berücksichtigt man aber, daß der Vormund das Grundstück nicht mehr herausgeben kann, weil es sich in Zwangsverwaltung befindet, ändert sich diese Beurteilung. Nach der Zweikondiktionentheorie würde die Zwangsverwaltung des Grundstücks den Bereicherungsanspruch auf den Kaufpreis nicht berühren. Insoweit wäre nur die Bereicherung weggefallen. Nach der Saldotheorie aber kann der Vormund den Kaufpreis nur herausverlangen, wenn er das Grundstück im vollen Wert zurückgibt. Für Verschlechterungen muß der Empfänger grundsätzlich einstehen. Hier befand sich der Beklagte bezüglich des Grundstücks in Annahmeverzug. Es konnte dem Kläger nicht länger zugemutet werden, das Haus zu verwalten; er hatte dem Beklagten Preisgabe des Hauses angedroht. Die Saldotheorie kannte nach ihrer Begründung eine solche Befreiung bisher nicht. Nach der hier vertretenen Ansicht ist aber auf die Rückabwicklung der Rechtsgedanke des § 324 II BGB entsprechend anwendbar. Das bedeutet, daß der Beklagte für das weitere Schicksal insbesondere auch für zufällige Verschlechterungen das Risiko tragen muß. Da das Reichsgericht die Voraussetzungen des Annahmeverzugs eingehend erörtert, hat es in dieser Entscheidung dem Ergebnis nach die Saldotheorie fortentwickelt. Denn für die Zweikondiktionentheorie hätte es dieser Ausführungen nicht bedurft.

Die nächste Entscheidung macht von neuem die Risikoverteilung durch die Saldotheorie deutlich.

RG II v.5.5.11 Warn.Rspr.1911 Nr.325 S.363=

JW 11, 583 (24) = Recht 11, 2137 = GruchBeitr.55, 963

Der Kläger, ein heimlich Geisteskranker, hatte Eisenträger gekauft und bezahlt. Die Eisenträger hatte er einem Dritten zum Einbau zur Verfügung gestellt, an dessen Grundstück er wegen einer Hypothek interessiert war. Der Dritte war vermögenslos. Das Grundstück befand sich in Zwangsversteigerung.

Der Kläger verlangt durch seinen Vormund den Kaufpreis zurück. Beide Leistungen waren nicht mehr im ursprünglichen Zustand vorhanden.

RG: Der schuldrechtliche Vertrag und die Erfüllungsgeschäfte seien nichtig. Die Abwicklung habe nach Bereicherungsrecht zu erfolgen. Der Gesetzgeber habe den Begriff der Bereiche-

rung offen gelassen; Rücksicht auf Billigkeit beherrsche dieses Rechtsgebiet. Es sei eine Betrachtung der gesamten Vermögenslage erforderlich; hierbei seien Leistung und Gegenleistung zu berücksichtigen. Der Werterstattungsanspruch sei insoweit beschränkt. Das gelte auch für nichtige Rechtsgeschäfte Geisteskranker, auch soweit die dinglichen Geschäfte ursprünglich nichtig gewesen und an ihre Stelle Wertersatzansprüche getreten seien. Dies sei hier der Fall. Auch beim Beklagten sei das geleistete Geld nicht mehr unterscheidbar vorhanden.

Es sei dem Kläger daher die Differenz zwischen dem Wert der Eisenträger und dem bezahlten Kaufpreis zu erstatten.

Diese Entscheidung ist ein Musterfall für die Auswirkungen der Saldotheorie. Der Kläger muß den Verlust der Eisenträger durch die Zwangsversteigerung tragen. Denn er kann sie nicht herausgeben und bekommt deshalb seinen Kaufpreis nicht zurück (oder nur die geringe Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Wert der Eisenträger). Denn die Saldotheorie berechnet beim Beklagten die Bereicherung in der Weise, daß von dem empfangenen Kaufpreis der Wert der gelieferten Eisenträger abgesetzt wird. Daraus ergibt sich die Differenz in Höhe der Gewinnspanne des Verkäufers, auf die er nach dem Wegfall des Geschäfts keinen Anspruch hat.

Die Zweikondiktionentheorie hätte die Bereicherungsansprüche isoliert betrachtet. Der Kläger hätte den Kaufpreis herausbekommen; der Beklagte hätte nichts bekommen, da die Eisenträger unter die Zwangsversteigerung gefallen waren und damit die Bereicherung beim Kläger weggefallen war. Im Ergebnis hätte nach der Zweikondiktionentheorie der Beklagte das Risiko tragen müssen.

Durch die Geschäftsunfähigkeit verfielen aber nicht nur das schuldrechtliche Geschäft sondern auch die dinglichen Akte der Nichtigkeit. Weder die Übereignung des Geldes noch die der Eisenträger war wirksam. Das Geld wurde vermischt, die Eisenträger eingebaut; an die Stelle der Eigentumsherausgabeansprüche traten Bereicherungsansprüche wegen Bereicherung aus fremdem Gut durch Vermischung oder Einbau. Das Reichsgericht saldiert auch diese Ansprüche. Wäre das Geld aber etwa noch unvermischt vorhanden gewesen, hätte der Kläger es voll herausverlangen können. Denn eine rei vindicatio läßt sich

begrifflich nicht saldieren mit einem Bereicherungsanspruch. Die hier vertretene Ansicht dagegen bietet die Möglichkeit, auch die dinglichen Ansprüche in die Bindung durch faktisches Synallagma zum Zwecke der Abwicklung aufzunehmen. Ob dies bei den Geschäften Geisteskranker wünschenswert ist, soll weiter unten im Zusammenhang erörtert werden. Das Reichsgericht hat sich für eine solche Behandlung jedenfalls entschieden.

Bei der folgenden Entscheidung sind nicht nur zwei sondern drei Personen am Austauschgeschäft beteiligt.

RG V v. 24.3.15 RGZ 86, 343 = Recht 15, 2484/86

Der geisteskranke Kläger kaufte vom Beklagten ein Grundstück zu 17.000.- M und bezahlte es. Die Auflassung erfolgte auf Wunsch des Klägers direkt an W., den Abkäufer des Klägers, der seinerseits das Grundstück mit Gewinn weiter verkaufte. Nun begehrt der Kläger durch seinen Vormund Herausgabe der 17.000.- M.

Der Vorderrichter kam zur Verurteilung, indem er argumentierte: Zwar habe der Beklagte gegen den Kaufpreis das Grundstück herausgegeben, aber er habe noch mehr Vorteile gehabt. Der Beklagte habe nämlich gegen W. einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks bzw. dessen Wert, da W. weiter verkauft habe. W. sei liquide, er habe beim Weiterverkauf sogar noch einen Gewinn gemacht.

RG: Es sei auch hier Saldotheorie anzuwenden. Nur was bei dem Beklagten als Vermehrung seines Vermögens noch vorhanden sei, brauche er herauszugeben. Das sei hier nur der Anspruch gegen W., den müsse er an den Kläger abtreten. Um mehr sei der Beklagte aber nicht mehr bereichert. Es entspreche nicht der Billigkeit des Bereicherungsrechts, dem Beklagten das Risiko der Realisierung des Anspruchs gegen W. aufzubürden.

Das Reichsgericht hat die Saldierung der Leistung des Beklagten an W. mit dem vom Kläger empfangenen Kaufpreis zugelassen. Daraus ergibt sich, daß der Beklagte per Saldo nicht bereichert ist. Er hat nur einen Bereicherungsanspruch gegen W., weil er an diesen ohne Rechtsgrund übereignete. Das Reichsgericht beschränkt die Herausgabe der Bereicherung auf die Abtretung dieses Anspruches. Dies ist gerechtfertigt; durch die Leistung an W. erbrachte der Beklagte eine Leistung auf den Kaufvertrag mit dem Kläger. Für die Rückabwicklung muß es daher so angesehen werden, als sei die Leistung an den Kläger erbracht worden, ungeachtet dessen, daß die Rechtsprechung

bei nichtigem Vertrag zugunsten Dritter und nichtigem Valutaverhältnis dem Leistenden einen direkten Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger einräumt. Es wäre daher auch nach der hier vertretenen Ansicht der notwendige gegenseitige Leistungsaustausch gegeben, durch den die Bereicherungsansprüche für die Rückabwicklung miteinander verknüpft werden. Der Beklagte könnte auch nach der hier vertretenen Ansicht die Rückzahlung des Kaufpreises von der "Rückverschaffung" des Grundstücks abhängig machen. Es ist das Risiko des Klägers, dieses Grundstück vollwertig wiederzubeschaffen. Das Reichsgericht erwähnt den von W. an den Kläger wahrscheinlich bezahlten Kaufpreis nicht; es läßt nur den Bereicherungsanspruch des Beklagten gegen W. an den Kläger abtreten. Dadurch wird auch in der Beziehung des Klägers zu W. die volle Gegenseitigkeit hergestellt. Denn W. könnte sich gegenüber dem Anspruch auf Wertersatz seinerseits auf den an den Kläger bezahlten Kaufpreis berufen.

Bei dem Bereicherungsanspruch des Klägers handelte es sich nicht um eine Leistungskondiktion sondern um eine Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut (durch Vermischung). Das Reichsgericht behandelte sie wie stets einer Leistungskondiktion gleich.

Das ergibt sich auch aus der nächsten Entscheidung.

RG IV v.5.2.17 JW 18, 132 (5) GruchBeitr.62, 239 = Recht 18, 232²⁶⁷⁾

Der unerkennbar geistesranke Kläger kaufte beim Beklagten das Sondermodell eines Kraftwagens und bezahlte von den 20.000.- M Kaufpreis insgesamt 4.000.- M an. Der Rest kam nicht zur Zahlung und der Kläger gab den Wagen zurück. Er verlangt vom beklagten Verkäufer Rückgabe der Anzahlung. Der Beklagte wendet Wertminderung des Wagens ein; außerdem habe er für den Weiterverkauf des schlecht verkäuflichen Sondermodells hohe Spesen gehabt.

RG: Die umfassende Betrachtung aller Einzelumstände bei der Saldotheorie ergebe die Absetzbarkeit sämtlicher geltend gemachter Minderungsposten; auch die Spesen des Weiterverkaufs minderten die Bereicherung.

In der Anmerkung zum Urteil lehnt Oertmann das Ergebnis ab. Der Beklagte habe erst durch die Ausgabe des Geldes (frühe-

267) mit Anm. Oertmann, JW 18, 132.

stens durch Vermischung) sich in eine bessere Lage versetzt, indem er nun alle Aufwendungen absetzen könne. Vorher habe er das Geld voll herausgeben müssen. Das sei nicht gerechtfertigt und mache den Schutz des Berechtigten zur Verfügung des Nichtberechtigten zur Illusion.

Aber auch wenn man der Anwendung der Saldotheorie durch das Reichsgericht auf die Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut zustimmt, ist hier doch der Kreis der zu berücksichtigenden Aufwendungen zu weit gezogen worden. Der Beklagte kann Benutzung des Wagens einwenden und insoweit Wertminderung des Wagens geltend machen bzw. Ersatz verlangen. Was dem Beklagten aber hier ersetzt wurde, war das negative Interesse, dessen Ersatz sich aus der Rückabwicklung des Geschäftes nicht rechtfertigen läßt.

Die Bedeutung der folgenden Entscheidung liegt auf anderem Gebiet.

RGGSZ B v.30.1.40 RGZ 163, 348

Der Beklagte hatte ein Rittergut von E. gekauft. Vor Eintragung in das Grundbuch wurde E. wegen Altersschwachsinn entmündigt, durch Urteil wurde die Unwirksamkeit des Kaufvertrags wegen Geschäftsunfähigkeit festgestellt. Zahlungen an E. waren noch nicht erfolgt.

Der Beklagte räumte daraufhin das Gut. Der Kläger machte geltend, der Beklagte sei um die Ernte des einen Jahres, also die Nutzungen, bereichert; der Beklagte berief sich auf § 993 Satz 2 BGB. Hilfsweise machte er verschiedene Aufwendungen für die Bewirtschaftung des Gutes geltend.

RG: Die Abwicklung habe nach Bereicherungsrecht zu erfolgen. § 993 Satz 2 finde hier keine Anwendung, da § 988 BGB auch für den rechtsgrundlosen Erwerb gelte. Der Beklagte müsse also die Nutzungen des Gutes herausgeben, könne aber nach den Grundsätzen der Saldotheorie sämtliche Aufwendungen und Minderungsposten absetzen.

Da vom Beklagten eine Gegenleistung nicht erbracht worden war, ging es in dieser Entscheidung nur um den Umfang der Bereicherung des Beklagten. Die Vorläufer dieser Entscheidung²⁶⁸⁾ stützten sich auf den allgemeinen Grundsatz des Bereicherungsrechts und der Saldotheorie, daß alle Minderungen und Vermehrungen im Vermögen des Beklagten zu berücksichtigen

268) RG Warn Rspr 1922, Nr.122, S.149 oben S.96; RGZ 141, 310 oben S.101; RG HRR 38, 5 oben S.97.

seien. Demgegenüber mußte sich der Große Senat auf die Revisionsangriffe hin ausdrücklich mit dem Verhältnis der Bereicherungsansprüche zum Eigentümer-Besitzerverhältnis auseinandersetzen. Die Pflicht zur Herausgabe auch der Nutzungen bei einem nichtigen Geschäft wird mit einem Analogieschluß zu § 988 BGB begründet. Der ungerechtfertigte Bereicherte könne nicht besser behandelt werden als der unentgeltliche Erwerber. Es bestehen Bereicherungsansprüche auf die Nutzungen; § 993 Satz 2 BGB ist nicht anzuwenden. Die Saldotheorie dient also nicht mehr unmittelbar zur Begründung. Damit schließt diese Entscheidung eine Entwicklung ab, innerhalb der auf dem Umweg über die Saldotheorie billige Ergebnisse erreicht wurden. Nach heutiger Auffassung²⁶⁹⁾ ergibt sich die Herausgabepflicht bezüglich der Nutzungen aus dem Praevalidieren der schuldrechtlichen Abwicklungsansprüche gegenüber dem Eigentümer-Besitzerverhältnis.

- b) Die nun folgende Teilgruppe, bei der beschränkte Geschäftsfähigkeit zur Unwirksamkeit des Vertrages führte, weist nur eine Entscheidung auf.

OLG Hamburg 5.Senat v.25.6.20 SenffA.76 Nr.21 S.34

Der 18-jährige Sohn des Klägers entwendete diesem im Juli 1919 7.580.- M und fuhr damit nach Hamburg. Dort ließ er sich in einen Spielclub aufnehmen und wechselte 3.500.- M in Spielchips um, die er alle verspielte. Der Kläger verlangt von dem Spielclub Herausgabe der 3.500.- M.

OLG: Eine unerlaubte Handlung des Beklagten bzw. seiner Organe sei hier als Anspruchsgrundlage nicht nachweisbar. Das Wechselgeschäft im Spielclub entbehre der rechtlichen Wirksamkeit. Dem Kläger stehe daraus an sich ein Bereicherungsanspruch zu. Rechtlich habe der Beklagte Spielclub Eigentum am Geld erst erworben, als er das Geld vermischte. Die Anwendung des § 948 BGB sei wegen Geringfügigkeit des Anteils zu verneinen, sodaß dem Kläger kein Miteigentum zu stehe.

Man müsse die Vorgänge beim Umwechseln des Geldes wirtschaftlich betrachten. Danach habe der beklagte Club gegen das empfangene Geld Chips in gleichem Werte herausgegeben und sei daher nicht bereichert worden. Alle Chips seien auch wieder eingelöst worden (wenn auch nicht vom Minderjährigen), sodaß bei dem beklagten Club eine Bereicherung nicht zurückgeblieben sei. Die Klage sei daher abzuweisen.

269) Vgl. oben S.66/67.

Da beim Minderjährigen das aus dem Wechselgeschäft Empfangene weggefallen ist, zeigt die Entscheidung deutlich die Wirkung der Saldotheorie bezüglich der Risikoverteilung. Nach der Zweikondiktionentheorie hätte der Kläger von dem beklagten Spielclub 3.500.- M herausverlangen können, während der Spielclub nichts zurückbekommen hätte, da die Bereicherung durch die Chips beim Kläger weggefallen war. Demgegenüber kommt die Saldotheorie zur umgekehrten Risikoverteilung. Da der Kläger die Chips nicht zurückgeben kann, bekommt er auch sein Geld nicht zurück. Der Empfänger der Leistung trägt das Risiko dafür, daß er das Empfangene zurückgeben kann und dafür die von ihm erbrachte Leistung zurückbekommt.

Der Minderjährige konnte auf den Spielclub wirksam kein Eigentum übertragen. Er hatte daher auf das Geld einen Eigentums-herausgabeanspruch. Gegen diesen konnte sich der Spielclub nach der Saldotheorie nicht auf die hingegebenen Chips berufen. Diese Problematik will das Oberlandesgericht Hamburg damit überwinden, daß man die Vorgänge beim Umwechseln wirtschaftlich betrachten müsse; der Vorgang des Wechselns sei eine wirtschaftliche Einheit. Diese Begründung vermag aber nicht zu überzeugen. Denn die Lösung kann nicht von der zufälligen Gestaltung der Umwechslung abhängig gemacht werden. Ob die Hingabe der Chips mit der Hingabe des Geldes zusammenfiel oder ob etwa der Minderjährige zunächst einen Gutschein dafür erhielt, darf keinen Unterschied machen. Das Problem liegt darin, daß nicht nur die Bereicherung aus fremdem Gut sondern auch der dingliche Anspruch in die Abwicklung des fehlgeschlagenen Vertrages einbezogen wird. Die Bindung durch faktisches Synallagma kann im Gegensatz zur Saldotheorie hierfür die Grundlage bieten.

Es wurde bisher davon ausgegangen, daß der klagende Vater den Anspruch seines Sohnes aus dem unwirksamen Wechselgeschäft geltend machte. Der klagende Vater hat aber auch einen eigenen Anspruch gegen den Spielclub. Das von seinem Sohn entwendete Geld gehörte ihm; durch die Vermischung erwarb er in eigener Person eine Kondiktion wegen Bereicherung aus fremdem Gut durch Vermischung gegen den Spielclub. Gegen diesen Bereiche-

rungsanspruch konnte sich der Spielclub nicht auf die Hingabe der Chips berufen. Denn insoweit würde es sich um die an einen Dritten bewirkte Gegenleistung beim Erwerb fremder Sachen handeln, die nicht zu berücksichtigen ist. Zwischen dem klagenden Vater und dem Spielclub bestanden keine, auch keine wichtigen Vertragsbeziehungen, die eine solche Verknüpfung rechtfertigen könnten. Bereits aus diesem Grund ist der Entscheidung daher nicht zuzustimmen.

- c) Es bestehen aber auch Bedenken anderer Art, die für beide Teilgruppen der Geschäftsunfähigkeitsfälle und des Falles der beschränkten Geschäftsfähigkeit gemeinsam gelten. Die Rechtsprechung hat ständig und in allen Entscheidungen Saldotheorie angewendet. In zahlreichen Fällen ging auf einer der beiden Seiten die Leistung unter, sodaß die Risikoüberwälzung durch die Saldotheorie praktisch wurde. Gemessen an der Zahl der übrigen Entscheidungen erscheint gerade diese Gruppe als Hauptanwendungsgebiet der Saldotheorie. Die Wirkungen schlugen in mehreren Fällen zum Nachteil der Geschäftsunfähigen bzw. des beschränkt Geschäftsfähigen aus. Das Reichsgericht ist verschiedentlich auf diese Wirkung eingegangen und hat sie bejaht mit der Begründung, daß der Schutz des redlichen Verkehrs vorgehe. Dadurch wird aber der Schutz dieser Personengruppen stark ausgehöhlt. Während die Saldotheorie für eine differenzierende Betrachtung keinen Raum ließ, läßt sich vom hier vertretenen Standpunkt aus eine Anpassung der Rückabwicklung an die Unwirksamkeitsgründe und die darin liegenden Schutzzwecke vornehmen. Es dürfte zu überlegen sein, ob den Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen die rechtliche Fähigkeit zukommt, sich faktisch zu binden. Anhaltspunkte hierfür sind aus der Rechtsprechung allerdings, im Gegensatz zu den Fällen der arglistigen Täuschung, nicht zu entnehmen. Die Rechtsprechung hat sich einheitlich zur Saldotheorie bekannt.

10. Im Folgenden sind einige Entscheidungen zusammengestellt, die sich einer Auswertung entziehen, da der Sachverhalt überhaupt nicht oder nur bruchstückweise mitabgedruckt ist. In keinem Fall läßt sich der Grund der Unwirksamkeit des Geschäfts rekonstruieren. Da die Entscheidungen als Belegstellen für die Saldotheorie öfters angeführt werden, war ihre Aufnahme der Vollständigkeit halber erforderlich.

RG II v.8.7.10 Recht 10, 2817

"Wird ein Berechtigungsanspruch auf Herausgabe der verkauften Sache wegen Nichtigkeit des Vertrags vom Verkäufer erhoben, so bildet der Gegenanspruch des Käufers auf Erstattung des Kaufpreises nicht die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts, sondern nur die Forderung der Beschränkung des Herausgabeanspruchs, die bei der Frage, ob eine Bereicherung vorliegt, zu berücksichtigen ist. Auf die gesamte Situation des Bereicherten ist in concreto Rücksicht zu nehmen."

RG IV v.3.6.11 RGZ 75, 361

Die Parteien schlossen einen Tauschvertrag über Grundstücke. Der Beklagte bekam 41 Morgen zum angenommenen Wert von 102.500.- M. der Kläger solche für 40.000.- M. Die Differenz wurde bar beglichen. Der schuldrechtliche Vertrag war nichtig (ohne daß der Grund angegeben wird). Der Kläger verlangt nun seine Grundstücke heraus, die in Wahrheit 160.500.- M Wert gewesen wären, unter Abzug der empfangenen 65.000.- M. Das vom Kläger empfangene Grundstück im Werte von 40.000.- M wird nicht erwähnt, dürfte aber bereits zurückgegeben sein. Der Beklagte macht geltend, er habe die empfangenen Grundstücke zusammen mit anderen zu einem Gesamtpreis von 1.071.000.- M verkauft, woraus sich ein Morgenerlös von 900.- M ergebe. Er habe daher für die 41 Morgen mit 36.900.- M weniger Erlöst, als er selbst mit 62.500.- M (Differenz) dafür bezahlt habe.

RG: Die Saldotheorie finde Anwendung. Der Gesamterfolg aller wirtschaftlichen Akte sei zu berücksichtigen. Hier liege ein Gesamtverkauf vor, von dem geklärt werden müsse, ob alle Grundstücke gleichwertig gewesen seien. Es müsse daher auf den konkreten Preis für die dem Bereicherungsanspruch ausgesetzten Grundstücke eingegangen werden.

RG III v.18.2.16 Recht 16, 1334

"Beim Bereicherungsanspruch wegen Nichtigkeit des gegenseitigen Vertrages ist die bewirkte Gegenleistung nicht durch Aufrechnung oder Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen. Diese ist nur ein Rechnungsposten der vorhandenen Bereicherung, so daß die Frage der Rückgewähr der Gegenleistung dem Betragsverfahren überlassen werden kann."

RG V v.30.1.18 Recht 18, 701

"Die Geltendmachung von Gegenposten gegenüber einem Bereicherungsanspruch bemißt sich nicht nach Aufrechnung; es hat Ab-

wägung aller Vor- und Nachteile zu erfolgen. Auf RGZ 54, 140 ist zu verweisen."

IX. Die Rechtsprechung zu den angrenzenden Fällen.

Die im Folgenden zusammengestellten Entscheidungen behandeln keine fehlgeschlagenen Austauschverträge, auf die von beiden Seiten Leistungen erbracht wurden, sondern einige Sondergruppen. Diese wurden vom allgemeinen Problem der Saldotheorie abgetrennt wie sie auch in der Literatur getrennte Erörterung gefunden haben. In diesen Gruppen fand die Saldotheorie keine Anwendung, obwohl sie nach ihrem theoretischen Ausgangspunkt vom Umfang der Bereicherung hätte Anwendung finden können oder müssen. Diese Gruppen dienen nur als Anschauungsmaterial für die theoretischen Ausführungen des ersten Teils; sie erheben daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

1. Zunächst soll eine Gruppe von Entscheidungen betrachtet werden, bei denen auf den Austauschvertrag nur eine Leistung erbracht wurde. Der Vertrag ist von Anfang an nichtig oder fällt rückwirkend durch Anfechtung weg. Von der Anrechnung oder Berücksichtigung einer Gegenleistung kann hier zwar begrifflich nicht gesprochen werden. Es ist aber zu überlegen, ob die von einer Seite bewirkte Leistung nicht bereits eine genügende "Bestätigung" des nichtigen Vertrages darstellt, um eine Bindung durch faktisches Synallagma entstehen zu lassen. Oder um mit Flume zu sprechen, der diese Ansicht im Ergebnis vertritt²⁷⁰⁾, ob nicht die vermögensmäßige Entscheidung im Vertrag allein genügt, den Erwerber das volle Risiko für seinen Erwerb tragen zu lassen. Es ist also zu prüfen, ob der Empfänger der Sache sich in der Rechtsprechung bisher unbeschränkt auf den Wegfall der Bereicherung nach § 818 III BGB berufen durfte, oder ob ihm dies als Nachwirkung des, wenn auch nichtigen, Vertrages verweigert wurde.

270) a.a.O. S.167 und oben S.58 f.

A.Blomeyer, S.540 umschreibt die Folge dieser Auffassung treffend damit, daß durch die vermögensmäßige Entscheidung die empfangene Sache aus dem Gesichtspunkt der Bereicherung verschwinde und an ihre Stelle die vereinbarte Gegenleistung (regelmäßig der Kaufpreis) trete.

Die erste Entscheidung bekennt sich zur vollen Absetzbarkeit aller Minderungen.

RG II v.11.6.09 RGZ 72,1

Der Beklagte schloß mit dem Kläger als Käufer einen privatschriftlichen Kaufvertrag über ein Grundstück. Vom Kaufpreis von 180.000.- M zahlte der Kläger 3.000.- M an. Davon wurde die Hälfte für den Makler verwendet, die Hälfte zu Renovierungsarbeiten am Kaufobjekt, wie es vereinbart worden war. Da dem Kläger das Geld ausging, hielt er nicht weiter am Vertrage fest und verlangte mit der Klage seine Anzahlung zurück.

RG: Wegen Formmangels verfalle der Vertrag in seinem ganzen Umfang der Nichtigkeit. Es bestehe daher ein Bereicherungsanspruch. Für diesen gelte § 818 III BGB, was allerdings im Prozeß nicht vorgetragen worden sei. Aufwendungen aus seinem Vermögen, die der Beklagte sonst nicht gemacht hätte, genügen, um die Bereicherung gem. § 818 III BGB zu mindern. Bei der Zahlung an den Makler bleibe zu prüfen, ob damit eine Schuld des Beklagten erfüllt worden sei; bei den Renovierungsarbeiten sei zu prüfen, ob eine Bereicherung des Beklagten dadurch eingetreten sei. Ein unter Umständen wertloser Bereicherungsanspruch gegen den Makler stelle eine Bereicherung des Beklagten nicht mehr dar bzw. die Bereicherung würde sich auf diese beschränken.

Zur Klärung des Sachverhalts erfolgte Zurückverweisung.

Der Kläger hat hier durch sein Verhalten den Vertrag vereitelt, sodaß die Entscheidung mit bereicherungsrechtlicher Begründung dem Beklagten das negative Interesse ersetzt. Die Entscheidung stützt sich dabei allein auf den einseitigen Bereicherungsanspruch des Klägers, der seine Anzahlung zurückverlangt.

Eine weitergehende Bindung an das Synallagma oder an die vermögensmässige Entscheidung scheint hier nicht sinnvoll; auch Flume dürfte wohl zum gleichen Ergebnis kommen.

Die folgende Entscheidung ist nicht so zweifelsfrei.

RG IV v.4.10.26 RGZ 114, 342

Im Jahre 1921 verkaufte der Beklagte dem Kläger sein Gut Grünhof. Mit dem erlangten Kaufpreis bezahlte der Beklagte sein neuerworbenes Gut. Der Kaufvertrag über den Grünhof war formnichtig, eine Auflassung hatte nicht stattgefunden. Der Kläger verlangt seine Anzahlung zurück. Dabei macht er geltend, daß sie durch die zwischenzeitliche Inflation nicht entwertet worden sei, weil der Beklagte sie als Zahlung auf sein neues Gut wertbeständig angelegt habe.

RG: Der Bereicherungsanspruch sei hier ausnahmsweise aufzuwerten, da die Kaufsumme wertbeständig angelegt gewesen sei. Dies sei als im ursächlichen Zusammenhang mit der ursprünglichen Bereicherung stehend zu berücksichtigen. Andererseits könne der Beklagte seine sämtlichen Einküssen abziehen.

Das Reichsgericht stützt seine Entscheidung zwar auf einen einseitigen Bereicherungsanspruch. Der Wegfall der Bereicherung wird aber nicht berücksichtigt. Begründet wird dies allerdings mit dem besonderen Umstand, daß der Beklagte den empfangenen Kaufpreis wertbeständig angelegt habe. Dies sei "ausnahmsweise" zu berücksichtigen. Das Ergebnis ist somit dasselbe, wie wenn der Beklagte an seine vermögensmässige Entscheidung gebunden gewesen wäre; denn die Verringerung der Kaufsumme wäre auf sein Risiko geschehen. § 818 III BGB hätte keine Anwendung gefunden. Infolge der Begründung des Reichsgerichts, die auf dem Ausnahmefall der wertbeständigen Anlage des Geldes aufbaut, läßt sich nicht entscheiden, ob es eine von der normalen Risikoverteilung abweichende Ansicht entwickeln wollte.

Die nächste Entscheidung desselben Senats ist ähnlich im Ergebnis.

RG IV v.16.4.28 JW 28, 2444 (9)

Der Kläger kaufte vom Beklagten ein Grundstück. Der notarielle Kaufvertrag war wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises nichtig. Eine Eintragung im Grundbuch fand nicht statt. Der Kläger hatte eine Anzahlung von 5.513.- M geleistet. Der nichtige Vertrag wurde von den Parteien auch noch aufgehoben.

Der Beklagte hatte inzwischen ein anderes Haus gekauft; als sich die Nichtigkeit des ersten Kaufvertrages herausstellte, löste er diesen Vertrag auf, wobei er einen Abstand von 3.000.- M bezahlen mußte.

Der Kläger begehrt nun seine Anzahlung zurück. Der Beklagte möchte sie um die von ihm an den Dritten geleistete Abstandszahlung ferner um die bezahlte Grunderwerbssteuer usw. mindern. Außerdem, macht er geltend, habe der Kläger die Mieten des Grundstücks in der Zwischenzeit eingezogen.

RG: Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Abstandszahlung und der empfangenen Anzahlung sei abzulehnen. Außerdem greife § 818 IV, § 819 BGB ein, sodaß keine Anrechnungsmöglichkeiten bestünden. Soweit aber der Kläger Mieten aus dem Grundstück in Empfang genommen habe, könne der Beklagte seine Rückgabe mindern.

Soweit sich die Bereicherungsansprüche gegenüberstanden, fand Saldierung statt. Die vom Kläger eingezogenen Mietbeträge wurden von der Anzahlung zu Recht abgesetzt.

Das Hauptgewicht liegt aber bei der Anzahlung. Diese wird als Gegenstand eines einseitigen Bereicherungsanspruches behandelt. Da der Beklagte durch die Aufhebung des Vertrages die Grundlosigkeit seines Erwerbs kannte, verweigerte ihm das Reichsgericht die Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung durch Zahlung der Abstandssumme. Auf dem Weg über §§ 818 IV, 819 BGB und durch Ablehnung eines ursächlichen Zusammenhangs kommt das Reichsgericht zur Pflicht des Beklagten, die empfangene Anzahlung voll (von den Mietbeträgen abgesehen) zurückzuzahlen. Ähnlich wie in der vorhergehenden Entscheidung wird damit auf einem andern Weg das Ergebnis erreicht, das bei Bindung des Beklagten an seine vermögensmäßige Entscheidung erzielt worden wäre. Denn durch Abschluß des wenn auch formnichtigen Kaufvertrages hätte der Beklagte das Risiko für die empfangene Anzahlung übernommen; Verminderungen dieser Anzahlung hätten nicht zum Wegfall der Bereicherung geführt. Auch aus dieser Entscheidung läßt sich aber nicht entnehmen, ob das Reichsgericht von der Haftungsnorm des § 818 III BGB auf Grund des vorausgegangenen Vertrages abweichen wollte, da für den einseitigen Bereicherungsanspruch die verschärfte Haftung bejaht wurde.

Die nächste Entscheidung bejaht den Wegfall der Bereicherung.

RG II v. 11.10.27 RGZ 118, 185 = JW 28, 59

Die beklagte Maschinenfabrik hatte auf Bestellung des klagenden Reiches Spezialmaschinen zum Export als Reparationsleistung hergestellt. Die Maschinen waren zum großen Teil fertig, aber noch nicht geliefert. Das Reich hatte eine grössere Anzahlung geleistet. Aufgrund der Verordnung vom 29.10.1923 (RGBl. II 406) trat das Reich vom Vertrag zurück. Mit der Klage wird Rückgabe der Anzahlung geltend gemacht.

RG: Da die Beklagte den Rücktritt nicht zu vertreten habe, finde für die Abwicklung Bereicherungsrecht Anwendung. Dieses begründe eine Billigkeitshaftung. Die Beklagte habe die erhaltene Anzahlung in den Maschinen investiert. Die Maschinen seien sonst nicht mehr absetzbar. Die Beklagte sei daher

nicht mehr um den Geldbetrag, sondern nur noch um die für sie wertlosen Maschinen bereichert.

Im Anschluß an RG II vom 19.10.1923, RGZ 116, 318 entscheidet sich das Reichsgericht für eine weitgehende Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung.

Das Reich übte zwar ein Rücktrittsrecht aus; da dieser Rücktritt aber von keiner Seite zu vertreten war, erfolgt die Abwicklung nach Bereicherungsrecht. Diese Konsequenz ergibt sich aus § 327 2 BGB, wie oben ausgeführt wurde²⁷¹⁾. Da nur von einer Seite eine Leistung erbracht war, nämlich die Anzahlung vom klagenden Reich, war der Umfang dieses einseitigen Bereicherungsanspruches in Streit befindlich. Das Reichsgericht begründet seine Entscheidung damit, daß gerade die Anzahlung für die Herstellung der Maschinen verwendet worden und daher die Bereicherung auf diese beschränkt sei. Diese Begründung erscheint aber nicht befriedigend. Denn bei dem modernen unbaren Zahlungsverkehr läßt sich nur schwer sagen, daß gerade ein bestimmter Betrag für diese oder jene Ausgabe verwendet wurde. Der Entscheidung ließe sich auch entgegenhalten, daß das Risiko für die Vorbereitung einer Leistung immer den Schuldner treffen muß, wie es die Rechtsprechung in der folgenden Gruppe stets betont hat. Denn die dort zusammengestellten Anwendungsfälle des § 323 III BGB weichen in ihren Sachverhalten nicht sehr ab.

Die Entscheidung des Reichsgerichts dürfte vielmehr dadurch zu erklären sein, daß man nach einer billigen Lösung suchte. Im Ergebnis wurde der beklagten Firma das negative Interesse mit bereicherungsrechtlicher Begründung ersetzt. Es erschien unbillig, die Nachteile des Rücktritts des Reiches einseitig auf den Vertragspartner abzuwälzen, ohne daß ihm ein Entschädigungsanspruch zugebilligt war. Diese Erwägungen dürften für das Reichsgericht ausschlaggebend gewesen sein.

Eine Bindung an die vermögensmäßige Entscheidung müßte wohl dazu kommen, daß die beklagte Firma sich auf den Wegfall der Bereicherung nicht berufen dürfte.

271) oben S. 72 ff.

Aus den zusammengestellten Entscheidungen läßt sich entnehmen, daß das Reichsgericht die von einer Seite erbrachte Leistung mit einem einseitigen Bereicherungsanspruch rückabgewickelt hat, bei dem der Wegfall der Bereicherung grundsätzlich im Rahmen des § 818 III BGB berücksichtigt wurde. In zwei der Fälle wurde der Wegfall der Bereicherung abgelehnt, einmal mit der Begründung der verschärften Haftung, einmal mit der Begründung der wertbeständigen Anlage des Empfangenen. Ob daraus eine Einschränkung des § 818 III BGB aus der Rückabwicklung des nichtigen Vertrages abgeleitet werden kann, erscheint fraglich.

Eine Interessenlage, wie sie von Flume angeführt wird, daß bei einem nichtigen Vertrag die Kaufsache vor Zahlung des Kaufpreises unterging, ließ sich in der Rechtsprechung nicht ausfindig machen. Aus der Rechtsprechung lassen sich daher auch schwerlich Argumente für oder gegen die von Flume vorgeschlagene weitgehende Wirkung einer Bindung an die vermögensmäßige Entscheidung ableiten.

2. In der nächsten Gruppe sollen einige Anwendungsfälle zu § 323 III BGB zusammengestellt werden. Die zugrundeliegenden Sachverhalte der Entscheidungen sind nahe verwandt zu denen der vorhergehenden Gruppe. Auch hier sind auf einen Austauschvertrag nur von einer Seite Leistungen erbracht worden; der Vertrag ist aber nicht nichtig, sondern nur seine Erfüllung ist unmöglich geworden. Daraus folgt, daß die vom Gesetzgeber für den Vertrag festgelegte Gefahrverteilung weiter wirkt. Hierdurch ergeben sich Kollisionen mit der Saldotheorie, die grundsätzlich alle Minderungsgründe in gleicher Weise berücksichtigt. Die Rechtsprechung hat aber in der Regel die abweichende Interessenlage gegenüber der Saldotheorie berücksichtigt.

RG V v. 23.6.06 RGZ 63, 423

Der Verkäufer einer Briefhypothek empfing vom Käufer die Valuta für die zedirierte Hypothek, übergab aber den Brief nicht. Das Grundstück wurde zwangsversteigert. Der Zessionar fiel mit seiner Hypothek aus. Nun verlangt der Käufer die Valuta zurück, da ihm der Brief und damit eine Hypothek nicht verschafft worden seien.

RG: Für den Vertrag komme § 323 BGB zur Anwendung. Es sei von keiner der beiden Parteien zu vertreten, daß die Verschaffung des Briefes und damit der Hypothek unmöglich geworden sei.

Der Käufer habe für die geleistete Valuta einen Bereicherungsanspruch; der Verkäufer müsse das Empfangene in vollem Umfang herausgeben. Er könne dabei nichts absetzen; insbesondere könne er nicht darauf abstellen, daß der Käufer bei wirksamer Übertragung ja auch nichts erhalten hätte. Denn sonst würde nicht der beklagte Verkäufer die Gefahr tragen, sondern der klagende Käufer.

Das Reichsgericht stützt seine Entscheidung auf die Gefahrverteilung des noch wirksamen Vertrages, dessen Erfüllung unmöglich geworden ist. Der Verkäufer muß bis zur Erfüllung die Gegenleistungsgefahr tragen. Kann er seine Leistung wie hier nicht erbringen, so erhält er auch den Kaufpreis nicht. Hat er ihn aber schon, dann muß er ihn nach § 323 III BGB herausgeben. Dabei bleiben die Regeln über die Gefahrverteilung wirksam und gehen andern Regeln vor. Zwar bot diese Entscheidung noch keinen Anlaß, sich mit der Saldotheorie auseinanderzusetzen. Sie soll auch nur die Ausgangsposition aufzeigen. Hat der Verkäufer für die Beschaffung seiner Leistung aber Vermögensopfer gebracht (Zahlung an seinen Lieferanten usw.) und wird die Erfüllung seiner Verpflichtung dann unmöglich, so ergibt sich ein Konflikt. Die Saldotheorie, ausgehend von der Gesamtberücksichtigung aller Umstände, die im wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Empfang die Bereicherung mindern, käme konsequent zur Absetzung dieser Opfer von der erhaltenen Anzahlung, während bei § 323 III BGB die ursprüngliche Gefahrverteilung des Vertrages dem Verkäufer das Risiko und die Opfer für die Vorbereitung der Leistung allein auferlegt. Der Bundesgerichtshof hat nur in einer Entscheidung dem Prinzip der Saldotheorie den Vorrang eingeräumt und ohne auf die Frage der Gefahrverteilung näher einzugehen.

BGH I v.19.1.51 BGHZ 1, 75 =
NJW 51, 270 JZ 51, 334

Im letzten Krieg importierte die Reichsstelle für Spinnstoffe unter Einschaltung von Gruppeneinführern und Gruppenverteilern. Einer dieser Gruppenverteiler, der Beklagte, bekam von einem Gruppeneinführer ein Kontingent Textilien zugeteilt, das er auch sofort bezahlte. Die Ware reiste aus Ita-

lien auf Gefahr des beklagten Gruppenverteilers. In seiner Eigenschaft als Verteiler stellte der Beklagte dem Kläger als Abnehmer des Postens Textilien eine Rechnung aus. Der Kläger leistete Zahlung auf diese Rechnung. Aus ungeklärten Gründen traf die Ware nicht mehr ein. Nun begehrt der Kläger Rückzahlung des von ihm geleisteten Betrages.

BGH: Trotz straffster staatlicher Lenkung seien die Rechtsbeziehungen als bürgerlich-rechtliche Kaufverträge anzusehen. Der Beklagte sei gem. §§ 275, 279 BGB von der Leistung freige worden; für die Rückzahlung des bereits Geleisteten gelte § 323 III BGB.

Oberster Grundsatz des Bereicherungsrechts sei aber, daß durch die Herausgabe der Bereicherung keine Vermögensminderung beim Beklagten eintreten dürfe. Die Saldotheorie des Reichsgerichts (RGZ 94, 253) finde hier Anwendung. Dabei sei die Minderung der Bereicherung beim Beklagten durch die Zahlung an den Gruppeneinführer zu berücksichtigen; denn im Gegensatz zum freien Warenverkauf habe hier ein staatlich vollständig gelenkter Kaufvertrag vorgelegen. Infolgedessen sei die Klage auf Rückzahlung abzuweisen.

Die Entscheidung bürdet dem klagenden Käufer das Risiko für den Untergang der Ware auf. Dabei war diese Ware vom Lieferanten an den beklagten Verkäufer, nicht an den Käufer abgesandt. Die Gefahr für die Ware konnte nach § 447 BGB allenfalls auf den Beklagten übergehen. Vom Beklagten erfolgten an den Kläger weder Leistung noch Leistungsversuch. Die Gegenleistungsgefahr lag daher noch beim Beklagten. Er hätte den Verlust tragen und die Anzahlung unvermindert herausgeben müssen. Mit Hilfe der Saldotheorie wird das Risiko auf den Kläger übergewälzt. Der Beklagte darf die Vermögensopfer, die er zur Vorbereitung seiner Leistung erbrachte, an der empfangenen Anzahlung absetzen. Denn als Minderung der Bereicherung ist alles zu berücksichtigen, was mit dem Bereicherungsvorgang in wirtschaftlichem Zusammenhang steht. Dieser Zusammenhang läßt sich für die Zahlung an den Lieferanten nicht leugnen. Dennoch ist dem Ergebnis nicht zuzustimmen²⁷²⁾. Für die Saldotheorie ist hier kein Raum, da sie mit der Gefahrverteilung durch den noch wirksamen Vertrag in Widerspruch steht. Bezeichnend ist die Bezugnahme des Bundesgerichtshofes auf RGZ 94, 253 (oben S.120), wo es trotz des Bekenntnisses zur Saldotheorie gerade nicht zur Gefahrüberwälzung kam, son-

272) so auch Coing JZ 51, 335.

dem im Ergebnis Zweikonditionentheorie angewendet wurde. Der Bundesgerichtshof hat seine Stellungnahme im Ergebnis auch nicht aufrechterhalten; im folgenden Urteil versuchte er diese Entscheidung durch Hervorheben der öffentlich-rechtlichen Lenkung des Textilmarktes und damit als Ausnahmefall zu erklären²⁷³⁾.

BGH II v.25.6.52 BB 52, 733 = Betrieb 52, 623 =
IM § 818 III Nr.2

Vom Kläger waren bei der beklagten Firma im Jahre 1944 Munitionsmaschinen bestellt worden, die sich bei Kriegsende zum Teil in Fertigung befanden, zum großen Teil bereits fertiggestellt waren. Der Kläger hatte eine größere Anzahlung geleistet. Die fertigen Maschinen und die Halbprodukte wurden nach Kriegsende demontiert bzw. beschlagnahmt. Mit der Klage begehrt der Kläger seine Anzahlung zurück.

BGH: Der Klageanspruch sei begründet. § 323 III BGB finde Anwendung, da die Unmöglichkeit der Lieferung der Maschinen von keinem Teil zu vertreten sei. Der Bereicherungsanspruch sei aber durch die Demontage der Maschinen nicht berührt worden. Zwischen der Anzahlung und dem Verlust der Maschinen bestehe kein Kausalzusammenhang, auch wenn die Maschinen innerbetrieblich für den Kläger bestimmt gewesen seien. Solange die Maschinen nicht geliefert seien, trage allein die Beklagte als Lieferantin dafür die Gefahr. Der Wegfall der Bereicherung könne nicht dahin führen, daß der Besteller wirtschaftlich auf dem Umweg über die Anzahlung die Gefahr für den Untergang der Sache, die nach Gesetz und Vertrag zu Lasten des Unternehmers gehe, trage.

Die Anwendung der Saldotheorie für diesen Fall sei schon deshalb ausgeschlossen, weil diese Theorie nur für solche Fälle gelte, in denen beide Teile Lieferungen vorgenommen haben.

Die Ablehnung des Kausalzusammenhangs dürfte die Entscheidung nicht tragen, wie gerade auch ein Blick auf das vorhergehende Urteil zeigt. Auch darf die Entreicherung nicht in dem Verlust der Maschinen sondern muß bereits in deren Anfertigung gesehen werden, wofür die empfangene Anzahlung verwendet wurde. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Auftrag, Anzahlung und Anfertigung der Maschinen ist kaum

273) Er fällt dabei aber einem Irrtum zum Opfer, wenn er versucht, die Entscheidung des 1. Senats auch dadurch zu retten, daß er annimmt, durch Absendung sei die Gefahr auf den Anzahlenden und Käufer bereits übergegangen gewesen. Die Ware war aber nur an den Verkäufer, der die Anzahlung erhalten hatte, abgesandt. Vgl. Abdruck der Entscheidungen IM § 818 III BGB Nr.1 Ziff.3 gegen Nr.2 Rückseite.

zu leugnen.

Die Entscheidung wird aber getragen durch die Erwägungen bezüglich der Gefahrverteilung im noch wirksamen Vertrag. Der Bundesgerichtshof hat sich damit ausdrücklich für den Vorrang der Gefahrverteilung im Vertrag vor der Risikoüberwälzung durch die Saldotheorie ausgesprochen. Er geht darüber noch hinaus und erklärt die Saldotheorie nur für anwendbar, wenn beide Teile Leistungen erbracht haben. Das ist mit der herkömmlichen Auffassung der Saldotheorie nicht mehr vereinbar und nähert sich bereits dem hier vertretenen Standpunkt.

In der folgenden Entscheidung hat sich auch der 1. Senat, abweichend von seinem ersten Urteil, dem 2. Senat angeschlossen.

BGH I v. 15.3.1955 LM § 818 III BGB Nr. 6

Die Klägerin bestellte 1944 bei der Beklagten mehrere Kreiselbrecher. Nach Annahme des Auftrages versandte die Beklagte Anfang 1945 an die Klägerin 25 Waggonen. Davon erhielt die Klägerin 8 Waggonen, weitere 8 Waggonen kamen an die Beklagte zurück und 9 Waggonen waren verschollen. Bei Auftragserteilung hatte die Klägerin eine größere Teilanzahlung geleistet. Nun verlangt die Klägerin Rückzahlung ihrer Anzahlung, soweit sie nicht auf die erhaltenen 8 Waggonen entfiel.

BGH: Durch das alliierte Verbot der Durchführung von Rüstungsaufträgen sei die restliche Erfüllung des Vertrages unmöglich geworden. Es finde § 323 BGB Anwendung. Es seien zwar bei der Beklagten sämtliche Vermögensverschiebungen zu berücksichtigen. Durch die Unmöglichkeit des Vertrages werde dieser aber nicht nichtig, sondern in ein durch § 323 BGB geregeltes Abwicklungsverhältnis übergeführt. Daher müsse der Beklagte für gewisse Schäden und Verluste bis zum Eintritt der Unmöglichkeit das Risiko tragen, wie es dem wirksamen Vertrag entspreche. Durch Geltendmachung des Wegfalls der Bereicherung könne er dieses Risiko nicht auf die Klägerin abwälzen. Dies sei auch durchaus mit der im Bereicherungsrecht herrschenden Saldolehre vereinbar. Daraus ergebe sich, daß die Beklagte für die vor dem Unmöglichwerden des Vertrages verlorengegangenen 9 Waggonen wie nach dem ursprünglichen Vertrag die Gefahr trage; daß sie ferner auch für die noch nicht auf den Weg gebrachten Leistungen die Gefahr trage. Die bei der Beklagten erhalten gebliebenen Lieferungsteile seien durch die Stornierung auf Grund des alliierten Verbotes in ihrem Wert für die Beklagte nicht beeinträchtigt worden. (Diese Wertminderung wäre sonst zu berücksichtigen). Die Beklagte wurde zur Rückzahlung der Anzahlung, soweit sie nicht für die 8 gelieferten Waggonen verbraucht war, verurteilt.

Mit dieser Entscheidung dürfte die Rechtsprechung zu § 323 III BGB als gesichert angesehen werden können. Die Gefahertragungsregeln des ursprünglichen Vertrages gelten auch für seine Abwicklung. Für die Saldotheorie ist insoweit kein Raum.

Der 2. Senat des Bundesgerichtshofes hält das Ergebnis zwar für vereinbar mit der Saldotheorie; das dürfte der Wirkung der Saldotheorie in Form der Überwälzung des Gegenleistungsrisikos auf den Empfänger der Leistung aber nicht gerecht werden. Die Saldotheorie kann vielmehr keine Anwendung finden, weil die Gefahrverteilung abweichend vom Gesetzgeber geregelt ist.

Nach der hier vertretenen Ansicht wird für die Frage der Anrechenbarkeit der Opfer für die Vorbereitung der Leistung § 818 III BGB durch die Vertragsregeln ergänzt und modifiziert. Als Wegfall der Bereicherung wird nur eine Minderung berücksichtigt, für die der Bereicherungsschuldner nach dem Vertrag nicht bereits die Gefahr zu tragen hatte. Eine Bindung durch faktisches Synallagma ist schon deshalb nicht gegeben, weil es an einem Leistungsaustausch auf den Vertrag fehlt. Der Bundesgerichtshof nähert sich diesem Standpunkt, wenn er die Saldotheorie nur für anwendbar erklärt, wenn beide Teile einander Leistungen erbracht haben.

3. Als letzte Gruppe werden behandelt die Fälle der

Zahlung des Kaufpreises an den Nichteigentümer.

Darunter werden die Fälle verstanden, in denen dem Eigentümer einer Sache nicht mehr ein Eigentumsherausgabeanspruch sondern nur noch ein Bereicherungsanspruch wegen Bereicherung aus fremdem Gut zusteht. Dies kann eintreten durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten, durch Vermischung oder Verarbeitung oder ähnliche Umstände. Hat in diesen Fällen der Verarbeitende etwa die Sache vom Dieb gekauft und bezahlt, das Eigentum aber erst durch die Verarbeitung erworben, ergibt sich die Frage, ob er diesen Kaufpreis als Minderung seiner Bereicherung absetzen darf.

Die Begründungen der Entscheidungen schwanken zwischen drei Argumenten.

RG IV v.1./22.11.10 SeuffA. 66, 261 (132)

Der Kläger hatte einem unerkennbar Geisteskranken Wertpapiere als Kautionsurkunde übergeben. Der Geisteskranke hatte die Wertpapiere an die beklagte Bank verkauft und den Kaufpreis erhalten. Die Bank verkaufte die Wertpapiere ohne wesentlichen Gewinn weiter.

Nun verlangt der Kläger Herausgabe des Erlöses für die Wertpapiere von der Bank.

RG: Die Klage sei aus § 816 BGB begründet. Der Einwand der Beklagten, sie habe an den Geisteskranken bereits Zahlung geleistet, sei nicht geeignet, den Anspruch des Klägers zu Fall zu bringen. Zwischen dem Erwerb der Wertpapiere vom Geisteskranken und ihrer Veräußerung an Dritte bestehe kein Zusammenhang. Nur die Veräußerung an einen Dritten begründe aber die Ersatzpflicht. Aus diesem Grunde bestehe keine Möglichkeit zur Absetzung des Kaufpreises.

Das Reichsgericht stützt sich im wesentlichen auf den fehlenden Zusammenhang zwischen dem Erwerb der Papiere vom Geisteskranken und dem Eintritt der Ersatzpflicht durch den Weiterverkauf. Darin ist ein richtiger Kern enthalten, wenn man auch einen wirtschaftlichen Zusammenhang, wie ihn die Saldotheorie nur fordert, nicht leugnen kann.

Die folgende Entscheidung behandelt die Frage für § 951 BGB in gleichem Sinne.

RG IV v.15.2.23 RGZ 106, 4

Angestellte der Friedrich Krupp-Werke eigneten sich zwei Waggonen Stahl an, indem sie auf den beladenen Waggonen falsche Beklebezettel anbrachten und gefälschte Frachtbriefe unterschoben. Der Stahl ging durch mehrere Hände, bis er vom Letzterwerber verarbeitet wurde. Von diesem Letzterwerber fordert die Klägerin, die Firma Krupp, Wertersatz gem. § 951 BGB.

RG: Der Anspruch der Klägerin sei begründet. Der Stahl müsse als abhandengekommen angesehen werden. Der an einen Dritten bezahlte Kaufpreis des Letzterwerbers könne nicht abgesetzt werden. Denn dieser habe nur zum Besitzerwerb geführt und zugleich die Vindikation ausgelöst. Erst die Verarbeitung habe den Anspruch aus § 951 BGB zur Entstehung gebracht.

Auch hier stellt das Reichsgericht auf den fehlenden Zusammenhang ab. Gleichzeitig aber klingt ein weiteres Argument an; der Beklagte war durch den "Erwerb" der Sache einem An-

spruch nach § 985 BGB ausgesetzt. Gegenüber diesem kam eine Absetzung des an den Dieb bezahlten Kaufpreises nicht in Betracht. Durch die Verarbeitung durfte sich das aber nicht zum Nachteil des Eigentümers ändern.

In der folgenden Entscheidung stellt der Bundesgerichtshof auf die anderweitige Rückgriffsmöglichkeit des Bereicherungsschuldners ab.

BG IV v.7.5.53 BGHZ 9, 333 Leitsätze in JZ 53, 513
Eine Eisengießerei bekam regelmässig Kohlenscheine, die als Inhaberzeichen zum Bezug von Kohle berechtigten. Angestellte der Eisengießerei veruntreuten einige dieser Kohlenscheine und gaben sie weiter. Die auf diese Scheine bezogene Kohle wurde der Eisengießerei in Rechnung gestellt. Die Eisengießerei klagt gegen den Empfänger der Kohlenscheine, der die darauf bezogene Kohle weiterveräußert hatte.

BGH: Die Einwendung des Beklagten, er könne den Kaufpreis für die Kohlenscheine absetzen, sei nicht begründet. Wenn auch sonst beim Bereicherungsanspruch alle Umstände, die zur Minderung der Bereicherung führten, zu berücksichtigen seien, sei das hier nicht möglich. Das OLG sei zum selben Ergebnis mittels des Verbots der exceptio ex iure tertii gekommen; diesem Ergebnis sei zuzustimmen.

Der Beklagte habe gegen seine Verkäufer Gewährleistungsansprüche erworben und sei daher um den Wert der Kohlen und um das Rückgriffsrecht bereichert. Der an die Dritten bezahlte Kaufpreis für die Kohlenscheine könne daher nicht abgesetzt werden. Das Risiko des § 817 Satz 2 BGB müßten die Kläger selbst tragen.

Die Entscheidung wird also außer durch das Verbot der exceptio ex iure tertii auf die doppelte Bereicherung durch den Gewährleistungsanspruch des Bereicherungsschuldners gegen seinen Vormann gestützt. Ob dieses Argument aber immer zum Ziel der Nichtabsetzung führen kann, ist fraglich.

Die folgende Entscheidung greift daher auch zurück auf den bereits vom Reichsgericht angedeuteten Gedanken, daß der Empfänger einer Sache durch deren Verarbeitung nicht die Lage des früheren Eigentümers grundlegend verschlechtern und seine eigene Situation verbessern könne.

BGH IV v.3.6.54 BGHZ 14, 7 = JZ 54, 700 = MDR 54, 470
Die Klägerin bezog während der Bewirtschaftung innerhalb ihres Kontingents ihr Benzin bei K. Die einzelnen Lieferungen wurden jeweils von D., dem Angestellten, dem der Fuhr-

park unterstand, abgeholt und von der Klägerin auf die von K. gestellte Rechnung bezahlt. Von dem in dieser Weise bezogenen Benzin hatte D. 20000 Liter an einen Dritten S. verkauft, indem er das Einverständnis der Klägerin vorspiegelte. Die Klägerin verlangt nun von S. Ersatz für die von ihr an den Benzinlieferant K. bezahlte Summe, die den 20000 Litern Benzin entspricht.

BGH: Die Klägerin sei Eigentümerin des Benzins geworden; ein gegen die Klägerin wirksames Geschäft sei durch das Handeln des D. nicht zustande gekommen. Die Normen des Eigentümer-Besitzerverhältnisses seien beim Verbrauch der Sache wie hier nicht anzuwenden.

Es handle sich vielmehr um eine Bereicherung in sonstiger Weise § 812 I 1 BGB 2. Alternative, nämlich um den Verbrauch einer fremden Sache und damit die Ersparnis von eigenen Aufwendungen. Zwar sei § 818 BGB auch hier anwendbar. Der von S. an D. bezahlte Kaufpreis könne aber die Bereicherung nicht mindern, da ihm der ursächliche Zusammenhang mit dem Verbrauch fehle. Denn vor dem Verbrauch habe das Benzin im Eigentum der Klägerin gestanden, die also gem. § 985 BGB einen Herausgabeanspruch hätte geltend machen können; demgegenüber hätte sich der Beklagte nicht auf die Zahlung an D. berufen können. Erst durch den Verbrauch sei das Eigentum am Benzin untergegangen und der Bereicherungsanspruch der Klägerin entstanden. Damit aber habe keine Verschlechterung der Vermögenslage der Klägerin einhergehen können. Ob der Beklagte an D. einen Ersatzanspruch habe und ob dieser einen greifbaren Wert besitze, sei unerheblich.

Die Nichtabsetzbarkeit der Zahlung an den Dritten folgt also aus zwei Argumenten. Der Abkäufer des Diebes ist einer rei vindicatio ausgesetzt, gegen die er keine Aufwendungen für den Erwerb der Sache geltend machen kann. Durch die Verarbeitung der Sache erwirbt er zwar Eigentum; aber der wirtschaftliche Wert soll dem früheren Eigentümer erhalten bleiben. Deshalb hat dieser einen Bereicherungsanspruch und zwar wegen Bereicherung aus fremdem Gut. Dieser Bereicherungsanspruch, gleichsam eine "schuldrechtliche Verlängerung" oder Ergänzung des dinglichen Anspruches darf insoweit nicht anders behandelt werden als die rei vindicatio auch. Daher ist die Absetzung des an den Dritten bezahlten Kaufpreises nicht zulässig.

Trägt diese Begründung aus der Natur des Bereicherungsanspruches bereits die Entscheidung²⁷⁴⁾, so ist doch auch das

274) die sich leider mit der Literatur nicht auseinander setzt. Auf die Anmerkung Lehmanns ist oben S. 68 u. Note 169 bereits eingegangen.

andere Argument des Bundesgerichtshofes im Anschluß an das Reichsgericht beachtenswert. Zwar wird man einen wirtschaftlichen Zusammenhang oder einen adaequaten Kausalzusammenhang zwischen dem Erwerb der Sache und dem Eigentumserwerb nicht schlechthin ausschließen können; das rührt von der Ungeeignetheit des Kausalbegriffs für derartige innere Motivationen her. Aber das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof wollten damit auch etwas anderes andeuten. Der Zusammenhang fehlt in dem Sinne, daß der Erwerb vom Dritten mit dem Eigentumserwerb durch Verarbeitung keine gemeinsame schuldrechtliche Unterlage aufweist. Zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner des Bereicherungsanspruchs besteht keine, auch keine fehlgeschlagene Vertragsbeziehung.

Vom hier vertretenen Standpunkt aus bedarf es für die Anrechnung der Gegenleistung einer Bindung durch faktisches Synallagma. Das entsteht durch gegenseitigen Leistungsaustausch im Vertrauen auf einen Vertrag zwischen den Vertragspartnern. Nur dieses gegenseitige Gewähren und Inanspruchnehmen von Vertrauen kann Grundlage einer faktischen Bindung sein. An dieser fehlt es aber in diesen Fällen, da der Eigentümer gerade außerhalb der Güterverschiebung steht. Er hat keine Leistung erbracht oder empfangen. Es fehlt daher an einer Grundlage für die Bindung, also am Zusammenhang zwischen Bereicherung (durch Verarbeitung) und Entreicherung (durch Leistung an den Dritten). Auch aus diesem Grund kann eine Berücksichtigung der Leistung an den Dritten daher nicht erfolgen.

X. Zusammenfassung.

Innerhalb der zusammengestellten Entscheidungen wurden die Auswirkungen der Saldotheorie und der Zweikondiktionentheorie auf die Ergebnisse des Einzelfalles aufgezeigt. Zugleich wurde die hier vertretene Ansicht und die von ihr zu erwartenden Ergebnisse mit den Ergebnissen der Rechtsprechung verglichen. Auf Einzelheiten braucht daher nicht mehr eingegangen zu werden. Nur die großen Linien der Entwicklung in der Recht-

sprechung und deren Fortsetzung, wie die vom hier vertretenen Standpunkt aus in der bisherigen Entwicklung bereits vorgezeichnet sind, sollen im folgenden kurz zusammengefaßt werden.

1. Dem Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuches entspricht die Unabhängigkeit der Bereicherungsansprüche, wie sie die Zweikonditionentheorie vertritt. Die Rechtsprechung hat sich demgegenüber von Anfang an zu einer Verknüpfung der Bereicherungsansprüche bekannt. Es wurde als unbillig angesehen, daß der Empfänger einer Leistung seine Gegenleistung sollte herausverlangen dürfen, ohne zur Herausgabe des seinerseits Empfangenen bereit oder imstande zu sein. Die Saldotheorie erreicht die Berücksichtigung der Gegenleistung auf dem technischen Weg der Saldierung. Die Gesamtberücksichtigung aller die Bereicherung mehrenden oder mindernden Umstände erfaßt auch die Gegenleistung²⁷⁵⁾. Bei Betrachtung der Bereicherung des Empfängers einer Leistung erscheint seine Gegenleistung als Minderungsposten. Dabei wird die Gegenleistung mit dem Wert angesetzt, in dem sie das Vermögen des Bereicherungsschuldners verlassen hat ohne Rücksicht auf ihr späteres Schicksal²⁷⁶⁾. Um diesen Wert ist seine Bereicherung gemindert. Aus dem fehlgeschlagenen Leistungsaustausch resultiert nur ein Bereicherungsanspruch. Er richtet sich auf den Überschuß der Aktiv- über die Passivposten und ist damit in sich beschränkt²⁷⁷⁾.

Die Konsequenzen zeigen sich bei der Geltendmachung; Aufrechnung oder Zurückbehaltungsrecht entfallen²⁷⁸⁾; im Prozeß ist der Hinweis auf die erbrachte Gegenleistung keine Einrede sondern eine Einwendung. Im Ergebnis konnte bereits früh für die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge bezüglich

275) RG Warn Rspr 1922 Nr.122 oben S.96; RG JW 15, 918 oben S.112; RGZ 139, 208 oben S.115.

276) RG Gruch Beitr 64, 717 oben S.99; RG Warn Rspr 1926 Nr.46 oben S.104; vgl. auch Note 281.

277) RG Seuff.A. 76 Nr.26 oben S.100; RGZ 141, 310 oben S.101; RGZ 139, 208 oben S.115.

278) RG Recht 1916, 393 oben S.139.

der Nutzungen der Vorrang des Bereicherungsrechts gegenüber dem Eigentümer-Besitzerverhältnis (§ 993 I 2. Halbsatz BGB) durchgesetzt werden²⁷⁹⁾. Im Konkurs sichert die Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche den Gläubiger bei ungleichartigen Leistungen über § 54 KO hinaus²⁸⁰⁾.

Als wesentlichste Wirkung erscheint die Risikoüberwälzung. Beim einseitigen Bereicherungsanspruch trägt der Leistende das Risiko, seine Leistung wieder zurückzubekommen. Der Umfang dieses Risikos folgt aus der milden Haftung des § 818 III BGB. Hierzu tritt als Folge der Saldotheorie das sogenannte Gegenleistungsrisiko. Will der Käufer eines Wagens seinen Kaufpreis zurückhaben, dann muß einmal beim Verkäufer der Kaufpreis noch vorhanden sein (Leistungsrisiko). Darüber hinaus muß der Käufer den Wagen vollwertig zurückgeben. Denn vermag er das nicht, bekommt er sein Geld nicht zurück. Denn der Verkäufer kann ihm entgegenhalten, daß die Bereicherung in Form des Kaufpreises durch die Hingabe des Wagens aufgezehrt sei und ein Aktivsaldo der Bereicherung daher nicht mehr bestehe. Der Käufer trägt für den Wagen daher insofern das Risiko, als er bei Verlust einen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises nicht mehr durchsetzen kann (Gegenleistungsrisiko).

Die gefahrüberwälzende Wirkung der Saldotheorie ist durch das Ergebnis zahlreicher Entscheidungen bestätigt²⁸¹⁾. Die Rechtsprechung ist so gefestigt, daß eine Rückkehr zur Zweikonditionentheorie ausgeschlossen erscheint.

2. Dennoch vermag die Saldotheorie nicht zu befriedigen. Sie vermag nicht allen Anforderungen gerecht zu werden. Das Reichsgericht mußte, um zu einem interessengerechten Ergebnis zu kommen, in manchen Entscheidungen ausdrücklich oder stillschweigend von ihr abweichen. So kann die Saldotheorie nicht den Gründen gerecht werden, die zur Nichtigkeit des

279) RG Warn Rspr 1922 Nr. 122 oben S. 96; RGZ 141, 310 oben S. 101; RGHR 38, 5, oben S. 97. RGGSZ 163, 348 oben S. 152.

280) RGZ 140, 156 oben S. 102; RGJW 15, 118 oben S. 112.

281) RG Bank A 1905/06, 262 oben S. 103; RG Warn Rspr 1926 Nr. 46 oben S. 104; RGZ 60, 284 oben S. 146; RG Warn Rspr 1911 Nr. 325 oben S. 148; RGJW 18, 132 oben S. 151; OLG FfM. JW 29, 791 oben S. 125; OLG Hamburg Seuff A 76 Nr. 21 oben S. 153.

schuldrechtlichen Vertrages führen. Die in dem Nichtigkeitsurteil der Rechtsordnung enthaltenen Schutzzwecke und Interessenabwägungen verlangen auch bei der Rückabwicklung Beachtung. Das zeigt eine Gruppe von Entscheidungen²⁸²⁾ deutlich, bei denen das Reichsgericht nie eine Risikoüberwälzung durch den Leistungsaustausch eintreten ließ. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bewirkte vielmehr, daß die Bereicherungsansprüche isoliert behandelt wurden. Eine Erklärung hierfür läßt sich vom Boden der Saldotheorie aus nicht finden. Denn sie gibt vor, nur den Umfang des Bereicherungsanspruches zu bestimmen und kann daher auf den Grund, der zur Nichtigkeit des Vertrages führte, keine Rücksicht nehmen.

Die Saldotheorie kann auch dann nicht helfen, wenn beim Käufer die Kaufsache in Folge eines Mangels untergeht, für den nachdem ursprünglichen Vertrag der Verkäufer hätte eintreten müssen. Nach ihrer Grundlage, der Saldierung, kann auch in diesem Fall der Käufer seinen Kaufpreis nur wiederbekommen, wenn er die Kaufsache vollwertig zurückgibt. Da er das nicht kann, muß er auf seinen Kaufpreis verzichten. Das Reichsgericht²⁸³⁾ ist zwar zum interessengerechten Ergebnis gekommen und hat dem Käufer einen Anspruch auf den vollen Kaufpreis gegeben. Mit der Saldotheorie, auf die sich das Reichsgericht dabei beruft, ist das aber nicht vereinbar.

Die Saldotheorie ist zu starr, um sich diesen Interessenlagen anpassen zu können. Die Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche und die damit bewirkte Gefahrüberwälzung tritt als Nebenwirkung des technischen Vorganges der Saldierung ein, die zur Bestimmung des Umfanges der Bereicherung unterschiedslos vorzunehmen ist. Das verhindert eine für das Bereicherungsrecht dringend notwendige Differenzierung.

3. Stimmt man den Ergebnissen der bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich zu, ist man dadurch noch nicht an die Saldo-

282) Gruppe der Rspr oben S.131-134.

283) RGZ 94, 253 oben S.120; vgl. auch OGHZ 1, 242 oben S.123 u. zu § 324 II BGB RGJW 10, 283 oben S.147.

theorie als ihre Begründung gebunden. Neuere Arbeiten²⁸⁴⁾ zum Bereicherungsrecht haben einen andern Weg gewiesen. Die differenzierende Betrachtung der einzelnen Typen der Bereicherungsansprüche stellt auf deren Funktion ab. Der fehlgeschlagene Vertrag bedarf der Rückabwicklung. Durch diese Funktion werden die Bereicherungsansprüche beeinflusst. Trotz seiner Nichtigkeit ist der fehlgeschlagene Vertrag zu beachten. Die, wenn auch nichtige, Willenseinigung zusammen mit dem gegenseitigen Leistungsaustausch bewirkt eine Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche für die Abwicklung. Durch das faktische Austauschverhältnis werden die Rückabwicklungsansprüche ähnlich dem wirksamen Vertrag voneinander abhängig. Es gilt der Grundsatz "do ut des". Die Rechtsgedanken, die den §§ 320 ff BGB zugrunde liegen, lassen sich auf die beiden Bereicherungsansprüche für die Rückabwicklung übertragen. Voraussetzung ist grundsätzlich eine synallagmatische Bindung zwischen Leistung und Gegenleistung, soweit der Vertrag wirksam gewesen wäre. Eine solche Bindung ist für die Austauschverträge (Kauf, Tausch) wie auch für eine datio ob causam²⁸⁵⁾ und unter gewissen Voraussetzungen für Darlehensverträge²⁸⁶⁾ zu bejahen; sie fehlt etwa bei der irrtümlichen Berechnung eines Beamten- oder Ruhegehalts.

Die Konsequenzen für die Geltendmachung liegen darin, daß zwei selbständige Bereicherungsansprüche bestehen. Sie sind synallagmatisch verknüpft. Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 320 BGB kann eine Einrede erhoben werden. Die Regeln über die Teilerfüllung sind sinngemäß übertragbar; soweit die Bereicherungsansprüche auf Geld gerichtet sind, kann aufgerechnet werden.

Der Empfänger einer Leistung trägt für sie das Gegenleistungsrisiko. Er hat diese Leistung in sein Vermögen aufgenommen; kann er sie nicht zurückgeben, bekommt er nach dem Grundgedanken des § 323 BGB die von ihm erbrachte Leistung nicht zurück. Von der Form der Geltendmachung in zwei Bereicherungs-

284) Vgl. oben Note 99.

285) RGZ 153,374 oben S.109.

286) RGZ 105,29 oben S.114; RGZ 139,208 oben S.115.

ansprüchen statt einem abgesehen, werden damit die gleichen Ergebnisse erzielt wie mit der Saldotheorie. Die Bindung durch faktisches Synallagma beruht aber auf der Abwicklungsfunktion und erlaubt daher eine differenzierende Betrachtungsweise. So ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei der Abwicklung dahingehend zu berücksichtigen, daß durch die Anfechtung auch die Bindung durch faktisches Synallagma wegfällt. Der betrogene Käufer soll an der durch dolose Willensbeeinflussung zustande gekommenen Bindung auch nicht für die Abwicklung festgehalten werden. Damit erklärt sich die interessengerechte Abweichung des Reichsgerichts von der Saldotheorie in diesen Fällen. Für die Verträge der Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen ist eine entsprechende Berücksichtigung des Schutzzweckes der die Nichtigkeit anordnenden Normen möglich. Hat der Verkäufer dem Käufer eine mangelbehaftete Sache verkauft, und geht sie infolgedessen beim Käufer unter, so bekommt der Käufer dennoch seinen vollen Kaufpreis zurück. Denn er hätte ihn auch beim wirksamen Vertrag zurückbekommen. Die Rechtsgedanken des § 324 BGB (Abs. I und II) als Ausfluß des allgemeinen Verwirkungsgedankens finden Anwendung. Damit ist eine weitere mit der Saldotheorie nicht vereinbare Entscheidung des Reichsgerichts²⁸⁷⁾ befriedigend erklärt. Die Bindung durch faktisches Synallagma vermag endlich das Problem der Einordnung auch der dinglichen Ansprüche in die schuldrechtliche Abwicklung zu lösen. Die unterschiedliche Behandlung der Bereicherung aus fremdem Gut und der rei vindicatio ist kaum haltbar²⁸⁸⁾. Während eine Saldierung eines Eigentumsherausgabeanspruchs mit einem Bereicherungsanspruch nicht möglich ist, vermag die Bindung durch faktisches Synallagma auch dingliche Ansprüche zu ergreifen. Sie können in die einheitliche Abwicklung des fehlgeschlagenen Vertrages mit aufgenommen werden. Bei all dem bleibt eine weitere Differenzierung möglich. Die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung stehen der hier vertretenen Ansicht nicht im Wege, sondern bestätigen sie.

287) RGZ 94, 253 oben S. 120; vgl. auch Note 283.

288) Vgl. RGJW 15, 918 oben S. 112; RG Warn Rspr 1911 Nr. 325 oben S. 148; OLG Hamburg Seuff A 76 Nr. 21 oben S. 153.

V e r z e i c h n i s

der benutzten Literatur und der benutzten Entscheidungen

(zugleich Abkürzungsverzeichnis)

A.

Zum Römischen und Gemeinen Recht

- F l u m e, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom Römischen zum geltenden Recht, in Festschrift für Niedermeyer, 1953 S.103 f.
zit: nach Verfasser
- v. L ü b t o w, Beiträge zur Lehre von der Condictio nach Römischen und geltendem Recht, 1952
zit: nach Verfasser
- M a i e r, G.H., Prätorische Bereicherungsklagen, 1932
zit: nach Verfasser
- N i e d e r l ä n d e r, Die Bereicherungshaftung im klassischen Römischen Recht, 1953
zit: nach Verfasser
- S c h w a r z, Die Grundlage der Condictio im Klassischen Römischen Recht, 1952
zit: nach Verfasser
- S i m o n i u s, Zur Frage einer einheitlichen Causa Condictio-
nis, in Festschrift für Lewald, 1953 S.161 f.
zit: nach Verfasser
- W i n d s c h e i d - K i p p, Lehrbuch des Pandektenrechts
II. Band 6. A. 1900
zit: nach Verfasser

B.

Zum geltenden Recht

I. Materialien

- M o t i v e zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches
für das Deutsche Reich, 2. A. 1896
zit: Motive
- M u g d a n, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen
Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899
zit. Mugdan
- P r o t o k o l l e der Kommission für die 2. Lesung des
Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuches, 1898
zit: Prot.

II. Kommentare

- B ö h l e - S t a m s c h r ä d e r, Konkursordnung, Kurzkommentar, 4. A. 1955
zit: Böhle-Stamschräder
- E r m a n , Handkommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 1952
zit: Erman
- J a e g e r, Kommentar zur Konkursordnung, 8. A. 1955 f.
bearb. von Lent und Weber
zit: Jaeger
- K o m m e n t a r von Reichsgerichtsräten: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 9. A. 1939/40, Bearb. §§ 812-822 Lobe
zit: RGRKom. 9. A.
- K o m m e n t a r herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, 10. A. 1952/53, Bearb. §§ 812-822 Scheffler
zit: RGRKom.
- K o m m e n t a r zum ABGB, hrsg. von Klang-Wilburg, 6. Bd., 2. A. 1951
zit: Kommentar zum ABGB
- M e n t z e l - K u h n, Konkursordnung, Kommentar, 6. A. 1955
zit: Mentzel-Kuhn
- O e r t m a n n, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Abteilung §§ 433-853 BGB, 5. A. 1929
zit: Oertmann, Kom.
- P a l a n d t, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 14. A. 1955
zit: Palandt
- P l a n c k, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte, 4. A. 1928
zit: Planck
- S o e r g e l, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd. 8. A. 1952, Bearb. §§ 812-822 Erdsiek
zit: Soergel
- v. S t a u d i n g e r, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 10. A. 1934/43
zit: Staudinger

III. Lehrbücher

- B o e h m e r, Einführung in das Bürgerliche Recht, 1954
zit: Boehmer, Einführung
- B o e h m e r, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. I, Das Bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, 1950
zit: Boehmer Grundlagen I

- C r o m e, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902
zit: nach Verfasser
- D e r n b u r g, Das Bürgerliche Recht, 1906
zit: nach Verfasser
- E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, 2. Halbbd. 14. A. 1955
zit: Enneccerus-Nipperdey
- E n n e c c e r u s - L e h m a n n, Recht der Schuldverhältnisse. Lehrbuch, 14. A. 1954
zit: Enneccerus-Lehmann
- E s s e r, Lehrbuch des Schuldrechts, 1949
zit: Esser, Schuldrecht
- H e c k, Lehrbuch des Schuldrechts, 1929
zit: nach Verfasser
- L a r e n z, Lehrbuch des Schuldrechts, Allg. Teil, 1953
zit: nach Verfasser
- S i b e r, Heinrich, Schuldrecht, 1931 (Grdr.d.D.Bürg.Rechts, Bd.2)
zit: nach Verfasser
- v. T u h r, Der allgem. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Teil, 1. Halbbd., 1914
- v. T u h r, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Halbbd., 1925
- W i e a c k e r, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952
zit: nach Verfasser

IV. Monographien und Dissertationen

- F r e u n d, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruches, 1902
zit: nach Verfasser
- H u e c k, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. A. 1951
zit: nach Verfasser
- J u n g, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, 1902
zit: nach Verfasser
- v. L ü b t o w, Beiträge zur Lehre von der condictio nachrömischem und geltendem Recht, 1952
zit: nach Verfasser
- v. M a y r, Der Bereicherungsanspruch des bürgerlichen Rechts, 1903
zit: nach Verfasser
- P r e i s l e r, Über die Anrechnung der Gegenleistung auf den Bereicherungsanspruch, Jur. Diss. Erlangen 1929
zit: nach Verfasser

- R ü m e l i n, Schadensersatz ohne Verschulden, 1910
zit: nach Verfasser
- S t e l l e r, Der Bereicherungsanspruch aus wechselseitiger ungerechtfertigter Vermögensverschiebung, insbes. der Bereicherungsanspruch nach Erfüllung nichtiger gegenseitiger Verträge, Jur.Diss. Göttingen 1929
zit: nach Verfasser
- S t i e v e, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jur.Diss. Straßburg 1899
zit: nach Verfasser
- S t ü c k, Voraussetzungen, Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruches, Jur. Diss. Jena 1913
zit: nach Verfasser
- W e i n t r a u d, Die Saldotheorie, 1931 (In Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, hrsg. von Leonhard Heft 45)
zit: nach Verfasser
- W i l b u r g, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934
zit: nach Verfasser
- W o l f f, Martin, Theodor Kipp, Ein Vortrag, 1932

V. Beiträge zu Sammelwerken (Festschriften)

- v. C a e m m e r e r, Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen, in Festschrift für Hans Lewald, 1953, S. 433 f.
zit: Lewaldf.
- v. C a e m m e r e r, Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, in Festschrift für Gustav Boehmer, 1954, S. 145 f.
zit: Boehmerf.
- v. C a e m m e r e r, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, 1954, S. 333 f.
zit: Rabelf.
- F i s c h e r, Bereicherung und Schaden, in Festschrift für Zitelmann, 1913 (S. 1-55)
zit: nach Verfasser
- F l u m e, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in Festschrift für Niedermeyer, 1953, S. 103 f.
zit: nach Verfasser
- H a u p t, Über faktische Vertragsverhältnisse, in Festschrift für Siber, 1941
zit: nach Verfasser

L e h m a n n , Berücksichtigung der für den Erwerb einer fremden Sache gemachten Aufwendungen bei der Bereicherungshaftung, in Festschrift für H.C. Nipperdey, 1955 S. 31 f.
zit: Nipperdeyf.

R a i s e r, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, in Festschrift für Martin Wolff, 1952, S. 123 f.
zit: nach Verfasser

S i e b e r t, Die faktische Gesellschaft, in Festschrift für Hedemann, 1938, S.266 f.

v. T u h r, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung in Festgabe für Bekker, 1907, S. 291 f.

VI. Aufsätze und Anmerkungen in Zeitschriften

B a e r, Die Saldotheorie des Reichsgerichts, Zeitschrift für Handels- und Konkursrecht 101, 260
zit: nach Verfasser

B a l l e r s t e d t, Zur Haftung für Culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (NF 31), 501
zit: nach Verfasser

B l o m e y e r, Arwed, Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik, Rezensionenabhandlung zur Festschrift für H.C. Nipperdey, AcP 154, 527 ff., insbes. S. 534 f.
zit: nach Verfasser

B o e h m e r, Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohlenen Sache, JZ 1953, 392

v. C a e m m e r e r, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, RabelZ 12 (1938/39), 675 ff. bes. S. 704 f.

v. C a e m m e r e r, Preisverstöße und § 817 S. 2 BGB, Bemerkungen zum Urteil des OGH BZ v.10.2.1950, SJZ 1950, 646

v. C a e m m e r e r, Anm. zum Urteil des LG Göttingen MDR 1951, 162

E s s e r, Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953, 521 f.

K i e h l , Die Arglist beim Vertragsschluß unter bes.Berücksichtigung der Arglist der Vertreter, Gruchots Beiträge 60, 790 f. bes. S. 804 f.
zit: nach Verfasser

K ö t t e r, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153, 193 ff.

L e h m a n n , Das faktische Vertragsverhältnis, in Jherings Jb 90, (NF 54) S. 131 f.

M a e n n e r, Bereicherungsansprüche, in DJZ 1916, 282

- M a i e r, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, AcP 152
(NF 32), 97 f.
zit: nach Verfasser
- M e z g e r, Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohlenen
Sache, JZ 1953, 67
- O e r t m a n n, Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäf-
ten, in DJZ 1915, 1063
- O e r t m a n n, in Anmerkungen zu Entscheidungen des RG v.
5.2.1917, in JW 1918, 132 (5); RG v. 12.2.1919 in
JW 1919, 377 (4); RG v. 3.11.1930 in JW 1931, 529
(13)
- O e r t m a n n, Noch einmal die Bereicherungsansprüche aus
nichtigen Geschäften, JW 1919, 329
- R a a p e, Besprechung von v. Lübtows "Beiträge zur Lehre von der
Condictio...", AcP 1952 (NF 32) 458
- R a b e l, Besprechung von Wilburgs Bereicherungsrecht, RebelsZ
19 (1936), 424 ff.
- R a i s e r, in Anmerkung zum Urteil des BGH v. 14.6.1951,
JZ 1951, 718
- S c h n e i d e r, Zur Bestimmung des Umfangs der Bereicherung,
JhJb 61, 179
- S c h u l z, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105,
474 f. (1909)
zit: nach Verfasser
- S c h w e n n, Die Gefahrtragung beim Rücktritt, in AcP 152,
(NF 32) 138 f.
zit: nach Verfasser
- S i e b e r t, in Anmerkung zur Entscheidung des BGH v. 24.10.1951,
MDR 1952, 285
- v. T u h r, Besprechung zu: Der 86. Band der Entscheidungen des
Reichsgerichts in Zivilsachen, DJZ 1916, 584
- W e s e n b e r g, Zum Stand der Diskussion um die faktischen
Vertragsverhältnisse, DRiZ 1953, 19
- W i e a c k e r, Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung, ZAkDR
1943, 33 f.
- W o l f, Ernst, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden,
AcP 153, 97 ff.
- W o l f, Ernst, Zum Rücktritt des Käufers, NJW 53, 164
- W o l f f, (RA), Die faktische Gesellschaft, MDR 1952, 535

VII. Fundstellen der Entscheidungen

Bank Archiv

zit: Bank A

Betrieb, Der

zit: Der Betrieb

Betriebsberater, Der

zit: BB

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

zit: BGHZ

Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone

zit: OGHZ

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

zit: RGZ

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts

zit: Gruch Beitr

Höchstgerichtliche Rechtsprechung, Ergänzungsblatt zur Deutschen Justiz und zur Amtlichen Sammlung

zit: HRR

Juristische Rundschau

zit: JRdsch

Juristenzeitung

zit: JZ

Juristische Wochenschrift

zit: JW

Monatsschrift für Deutsches Recht

zit: MDR

Nachschlagewerk, Amtliches, des Bundesgerichtshofes, hrsg. von Lindenmaier, Möhring u.a.

zit: LM

Recht, Das, Zeitschrift für den deutschen Juristenstand

zit: Recht

Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte

zit: Seuff A

Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts

zit: Warn Rspr

III. Wiedergegebene Entscheidungen

1. Entscheidungen des Reichsgerichts

			Seite
I	v. 8.11.93	RGZ 32, 319	145
IV	v.25.10.01	RGZ 49, 421	129
V	v.14. 3.03	RGZ 54, 137	137
		= JW 03, Beil. 58	-
V	v.15.10.04	RGZ 59, 92	131
I	v.18. 3.05	RGZ 60, 284	146
V	v.23. 6.06	RGZ 63, 423	162
I	v.27. 6.06	Bank A 1905/06, 262	103
V	v. 3. 7.07	Recht 1907 Nr.2503 S.1059	132
II	v.11. 6.09	RGZ 72, 1	158
I	v.18. 9.09	RGZ 71, 399	95
V	v.26. 2.10	JW 1910, 283	147
V	v.29. 6.10	JW 1910, 799 (3)	133
		= Warn Rspr 1910, Nr.315, S. 327	-
II	v. 8. 7.10	Recht 1910, 2817	156
II	v. 4.10.10	Warn Rspr 1910 Nr.406 S.421	134
IV	v.1./22.11.10	Seuff A 66 Nr.132 S.261	168
		= JW 1911, 152 (7)	-
		= Warn Rspr 1911 Nr.77 S.79	-
IV	v. 6. 3.11	RGZ 75, 361	156
II	v. 5. 5.11	Warn Rspr 1911 Nr.325 S.363	148
		= JW 1911, 583 (24)	-
		= Recht 1911, 2137	-
		= Gruch Beitr 55, 963	-
V	v.24. 3.15	RGZ 86, 343	150
		= Recht 1915, 2484/86	-
V	v. 5. 6.15	Warn Rspr 1915 Nr.304 S.474	138
IV	v.10. 6.15	JW 1915, 918 (7)	112
		= Warn Rspr 1915, Nr.199, S.299	-
		= Recht 1915, 2266	-
II	v. 6. 7.15	Recht 1916, 393	139
III	v.18. 2.16	Recht 1916, 1334	156
IV	v. 5. 2.17	JW 1918, 132 (5)	151
		= Gruch Beitr 62, 239	-
		= Recht 1918, 232	-

V	v.12. 1.18	Warn Rspr 1918, Nr.24, S.39	129
V	v.30. 1.18	Recht 1918, 701	156
V	v.22. 6.18	Warn Rspr 1918, Nr.181, S.267	140
II	v.20.12.18	RGZ 94, 253	120
I	v.29. 1.19	RGZ 94, 309	141
V	v.12. 2.19	JW 19, 377 (4)	134
II	v.20. 1.20	RGZ 98, 64	119
VII	v.11. 5.20	RGZ 99, 161	113
V	v.28. 4.20	Gruch Beitr 64, 717	99
		= Warn Rspr 1921, 43/51	-
V	v.29.10.20	Seuff A 76, Nr.26, S.42	100
IV	v.12. 6.22	RGZ 105, 29	114
V	v.28. 6.22	Warn Rspr 1922, Nr.122 S.149	96
IV	v.15. 2.23	RGZ 106, 4	168
IV	v. 2.11.25	Warn Rspr 1926 Nr. 46, S.55	104
IV	v. 4.10.26	RGZ 114, 342	158
		= JW 1927, 36	-
VI	v.20. 5.27	JW 1927, 1931 (13)	105
		= RGZ 117, 112	-
IV	v.10.10.27	Jur Rdsch 1927 Nr.2182, Sp.1413	106
II	v.11.10.27	RGZ 118, 185	160
		= JW 1928, 59	-
I	v.21.11.27	Seuff A 82, Nr.47 S.81	142
IV	v.16. 4.28	JW 1928, 2444 (9)	159
IV	v. 3.11.30	JW 1931, 529 (13)	97
IV	v.17. 3.32	RGZ 135, 374	109
VII	v.13. 1.33	RGZ 139, 208	115
II	v.22. 3.33	RGZ 140, 156	101
VIII	v. 3. 7.33	RGZ 141, 310	101
IV	v.27. 4.36	RGZ 151, 123	127
V	v. 2.10.37	HRR 1938, 5	98
GSZ	v.30. 1.40	RGZ 163, 348	152

2. Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der britischen Zone

ZS	v.21. 6.48	OGHZ 1, 72	110
I	v.26.11.48	OGHZ 1, 242	123

3. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs

I	v.19. 1.51	BGHZ 1, 75	163
		= NJW 51, 270	-
		= JZ 51, 334	-
II	v.25. 6.52	BB 1952, 733	165
		= Betr 1952, 623	-
		= LM § 818 III Nr.2	-
IV	v. 7. 5.53	BGHZ 9, 333	169
		= JZ 53, 513 (Leitsatz)	-
IV	v. 3. 6.54	BGHZ 14, 7	169
		= JZ 54, 700	-
		= MDR 54, 470	-
I	v.15. 3.55	LM § 818 III Nr.6	166

4. Entscheidungen der Oberlandesgerichte

Hamburg

V	v.25. 6.20	Seuff A 76 Nr.21 S.34	153
---	------------	-----------------------	-----

Frankfurt a.M.

III	v.30. 9.28	JW 29, 791	125
-----	------------	------------	-----

L e b e n s l a u f

Am 25. November 1928 wurde ich in Konstanz a.B. als Sohn des Professors Dr.phil. Ernst Leser und seiner Ehefrau Johanna, geb. Tavernier geboren. Von Ostern 1935 bis Ostern 1939 besuchte ich die Volksschule in Konstanz, von Ostern 1939 bis Juli 1948 das Humanistische Gymnasium in Konstanz a.B., nur mit den durch die Kriegssereignisse bedingten Unterbrechungen. Die Reifeprüfung legte ich am 10. Juli 1948 in Konstanz a.B. ab.

Im Wintersemester 1948/49 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen. Nach drei Semestern wechselte ich im Sommersemester 1950 zur Ludwig-Maximilians-Universität in München. Vom Wintersemester 1950/51 an studierte ich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. Die Erste Juristische Staatsprüfung bestand ich vor dem Justizprüfungsamt des Landes Baden-Württemberg in Freiburg i.Br. am 10. Juli 1952. Nachdem ich am 1. Dezember 1952 in den Juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg eingetreten war, legte ich am 13. Juli 1956 die Zweite Juristische Staatsprüfung in Stuttgart ab.

Gedruckt vom Walhalla u. Praetoria Verlag, Regensburg
Abt. Rotaprintdrucke

